

A-G Keus concludeert dat de verkoper terecht stelt dat het oordeel van het hof waarmee de vernietiging van alle overeenkomsten is toegewezen, vooronderstelt dat de verkoper 'reeds bij het aangaan van de eerste overeenkomst in oktober 2006 met de abnormale geestestoestand' van de koper bekend was of had moeten zijn (sub 3.6 conclusie A-G Keus). Het is echter niet duidelijk waarom al vanaf de eerste overeenkomst voor de verkoper kenbaar had moeten zijn dat de koper lijdt aan een ziekte die zijn beoordelingsvermogen aantast, vooral ook vanwege de betekenis die het hof toekent aan het 'exuberante koopgedrag waarmee (...) [de verkoper, MN] in de loop der jaren werd geconfronteerd' en aan 'een bepaalde vertrouwensband' die in de loop van die jaren tussen verkoper en koper zou zijn ontstaan (sub 3.6 conclusie A-G Keus). A-G Keus vervolgt dat het afwijkende koopgedrag van de koper de verkoper mogelijk had moeten wijzen op zijn abnormale geestestoestand, maar dat op voorhand niet inzichtelijk is waarom 'dit reeds bij het aangaan van de eerste overeenkomst(en) het geval moet zijn geweest'. Volgens A-G Keus is het aanmerkelijk dat dit 'omslagpunt' op een later moment heeft plaatsgehad (sub 3.8 conclusie A-G Keus). Hij adviseert derhalve tot vernietiging van het arrest van het hof.

De Hoge Raad volgt het advies van A-G Keus op, en oordeelt na een bondige beoordeling dat het zonder nadere motivering niet duidelijk is waarom de abnormale geestestoestand van de koper reeds bij het aangaan van de eerste overeenkomst in 2006 voor de verkoper kenbaar was of had moeten zijn. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing.

Literatuur

- P.S. Bakker, 'Samenloop bij gemengde overeenkomsten', *MvV* 2017, afl. 4, p. 136-142;
- C.G. Breedveld-de Voogd, 'De uitleg van de 'normaal-gebruikgarantie' bij de koop van een onroerende zaak', *JBN* 2017/22, afl. 5;
- T. Hartlief, 'Het contractenrecht anno 2025', *NJB* 2017/1392, afl. 26, p. 1801;
- M.L. Hendrikse, '25 jaar nieuw vermogensrecht: uitleg van overeenkomsten in het handelsrecht', *NTHR* 2017, afl. 3, p. 133-140;
- J. Hoeben, A.L.M. Keirse & M.D. Reijneveld, 'Opteren voor de Netherlands Commercial Court', *Contracteren* 2017, afl. 2, p. 37-46;
- W.G. Huijgen, 'Mededelingsplicht uit hoofde van artikel 7:15 BW geldt niet langer ter zake van een bestemmingsplan', *JBN* 2017/28, afl. 6;
- M. van Kogelenberg, 'Uitleg in commerciële verhoudingen naar Nederlands en Engels recht: de betekenis van 'business common sense' als gezichtspunt', *MvV* 2017, afl. 5, p. 164-169;
- M. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017/967, afl. 18, p. 1251-1258;
- C.M.D.S. Pavillon, 'Oude wijn in nieuwe zakken?', *WPNR* 2017, afl. 7151, p. 416-423;

- H.N. Schelhaas, 'Yes or no to no oral modification clauses?', *Contracteren* 2017, afl. 2, p. 47-52;
- J.H.M. Spanjaard, 'Houd de vertegenwoordiger kort aan-gelijnd', *Contracteren* 2017, afl. 2, p. 62-65;
- T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De meerpartijenovereenkomst in de rechtspraak', *WPNR* 2017, afl. 7144, p. 271-276;
- E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsovername (I)', *WPNR* 2017, afl. 7156, p. 489-496;
- M.A. de Vlioger, 'De uitleg van een olympische Topsporsersovereenkomst: Van Gelder/NOC*NSF onder de loep', *Contracteren* 2017, afl. 2, p. 53-61;
- P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden', *RM Themis* 2017, afl. 3, p. 116-128.

GOEDERENRECHT

Mr. P.L.F. Ribbers

Jurisprudentie

HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:213, NJB 2017/429, RvdW 2017/217, JOR 2017/139, JWB 2017/58, NTHR 2017, afl. 3, p. 164, Ondernemingsrecht 2017/67, RBP 2017/34, AR 2017/722; goederenrecht en procesrecht; appelverbod ex artikel 3:268 lid 3 BW (hypotheek) naar analogie van toepassing in het geval dat pand aan pandhouder als koper verblijft ex artikel 3:251 lid 1 BW

Wanneer een schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor zijn hypotheek tot waarborg strekt, is de hypotheekhouder bevoegd het verhypothekerde goed in het openbaar te verkopen (art. 3:268 lid 1 BW). Omdat openbare verkoop niet steeds geschikt is en veiling niet altijd leidt tot verkrijging van een 'behoorlijke' prijs, heeft de wetgever de hypotheekhouder nog een mogelijkheid gegeven om tot uitwinning over te gaan. Op grond van artikel 3:268 lid 2 BW kan de voorzieningenrechter op verzoek van (onder meer) de hypotheekhouder bepalen dat verkoop van het met de hypotheek belaste goed onderhands zal geschieden bij een overeenkomst die aan de voorzieningenrechter ter goedkeuring wordt voorgelegd. In deze overeenkomst kan de hypotheekhouder als koper vermeld staan; zo biedt hij zichzelf feitelijk aan als koper van het verhypothekerde goed. Tegen het oordeel van de voorzieningenrechter op dit verzoek staat geen hoger beroep open ingevolge artikel 3:268 lid 3 BW. De wetgever heeft dit appelverbod onderbouwd door aan te voeren dat een definitieve beslissing op het verzoek 'snel' dient te kunnen worden verkregen. Dit is niet alleen in het belang van (het niet ophouden van) de executie, maar ook in het belang van de koper die 'niet langer dan strikt nodig is, in het onzekere mag worden gelaten of de onderhandse verkoop aan hem doorgang zal vinden' (*Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 824).

Het pandrecht kent een met artikel 3:268 lid 1 BW vergelijkbare bepaling. Ingevolge artikel 3:251 lid 1 BW kan de voorzieningenrechter op verzoek van de pandhouder bepalen dat het pand zal worden verkocht dan wel dat het

pand voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag aan de pandhouder als koper zal verblijven. Ten aanzien van artikel 3:251 lid 1 BW heeft de Hoge Raad in 1994 reeds overwogen dat de strekking van voornoemd artikel meebrengt dat een hogere voorziening tegen een krachtens deze bepaling gegeven beschikking niet is toegelaten (HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1401, *NJ* 1995/367, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Sporting Connection*)). In zijn beschikking gaf de Hoge Raad aan dat voor dit appelverbod dezelfde redenen gelden als voor de uitsluiting van een hogere voorziening in de zin van artikel 3:268 lid 3 BW. In *Rabobank/Sporting Connection* stond een zogenoemd ‘verkoopverzoek’ centraal: de Rabobank had, in haar rol als pandhouder, de voorzieningenrechter verzocht te bepalen dat de aan haar verpande roerende zaken onderhands zouden mogen worden verkocht aan een derde voor een bepaalde prijs.

In de onderhavige zaak staat de vraag centraal of de rechtsregel uit *Rabobank/Sporting Connection* ook van toepassing is op een zogenoemd ‘verblijfverzoek’: een verzoek van de pandhouder om te bepalen dat het pand voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag aan de pandhouder als koper zal *verblijven* (sub 2.2 conclusie A-G Wuisman). De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de onderhavige zaak zijn als volgt.

In 2009 heeft Beheersmaatschappij St. Antonius B.V. (hierna: Antonius), als houdster van aandelen in Antonius Vessel Heads B.V. (hierna: Vessel Heads), aandelen verkocht en geleverd aan CEREC (in casu: verzoekster tot cassatie). CEREC is een vennootschap naar Frans recht. Van de door CEREC verschuldigde koopprijs van € 14.000.000,- is 1/7e deel gefinancierd door een lening van Antonius aan CEREC. De lening diende te worden afgelost in tien gelijke kwartaaltermijnen. CEREC heeft tot zekerheid van haar betalingsverplichtingen de aandelen in pand gegeven aan Antonius. Financieel gaat het minder goed met CEREC; begin 2010 verzoekt zij om onderbewindstelling (in het Franse recht: ‘conciliation’) en vanaf 1 maart 2013 verkeert zij in surseance van betaling (in het Franse recht: ‘redressement judiciaire’). Antonius besluit het zekere voor het onzekere te nemen en zegt de lening met CEREC op bij brief van 6 maart 2013. Voorts deelt zij CEREC mede dat zij overgaat tot uitwinning van het pandrecht op de aandelen in Vessel Heads. In het kader hiervan richt Antonius een verblijfverzoek op grond van artikel 3:251 lid 1 BW aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam waarin zij verzoekt dat de aan Antonius in pand gegeven aandelen voor een bepaalde prijs aan haar als koper en pandhouder zullen verblijven.

De voorzieningenrechter wijst dit verzoek toe bij beschikking van 21 november 2013. CEREC stelt vervolgens hoger beroep in tegen deze beschikking. Tevergeefs; het Hof Amsterdam verklaart CEREC in november 2015 niet-ontvankelijk. Onder verwijzing naar *Rabobank/Sporting Connection* overweegt het hof, kort samengevat, dat – op grond van de strekking van artikel 3:251 lid 1 BW en analoog aan artikel 3:268 lid 3 BW – ook in het geval dat het pand aan de pandhouder als koper verblijft, dient te

worden geoordeeld dat een hogere voorziening tegen een zodanige beslissing niet is toegelaten (r.o. 2.9 beschikking hof). Hoewel het mogelijk is om dit appelverbod te doorbreken, heeft CEREC geen van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden gesteld (r.o. 2.10 beschikking hof).

Ten overstaan van de Hoge Raad vecht CEREC thans haar niet-ontvankelijkverklaring aan. Hiertoe klaagt zij onder meer dat het hof *Rabobank/Sporting Connection* niet naar analogie van toepassing had mogen verklaren op een verblijfverzoek ex artikel 3:251 lid 1 BW. Zij voert aan dat rechtsmiddelenverboden ‘juist restrictief plegen te worden uitgelegd’ en dat bij een verblijfverzoek de belangen van de pandgever bij een zo hoog mogelijke opbrengst minder zijn gewaarborgd dan bij een verzoek tot onderhandse verkoop nu het pand niet aan de markt wordt aangeboden en de pandhouder de enige bieder is (een mogelijkheid van hoger beroep zou aldus gerechtvaardigd zijn) (r.o. 3.4).

De Hoge Raad is niet overtuigd. Hij onderkent dat in *Rabobank/Sporting Connection* geen uitzondering is gemaakt voor beschikkingen op verblijfverzoeken, maar vindt een ‘gelijke behandeling’ met beschikkingen op verkoopverzoeken ‘aangewezen’ (r.o. 3.5.2). De Hoge Raad doet een beroep op de (in *Rabobank/Sporting Connection*) aangehaalde wetsgeschiedenis bij artikel 3:268 lid 3 BW (zie hierboven, eerste alinea). Volgens de Hoge Raad zien de argumenten die de wetgever geeft voor het appelverbod ‘mede’ op een verzoek tot verkoop van het verhypotheceerde goed aan de hypotheekhouder. Hij vervolgt (r.o. 3.5.2):

‘Gelet hierop en op de in *Rabobank/Sporting Connection* gegeven motivering, ligt het dan voor de hand om die argumenten van de wetgever ook te betrekken op een beschikking op een verzoek tot verblijf aan de pandhouder. Ook vanuit een oogpunt van uniforme rechtstoepassing is een gelijke behandeling aangewezen’.

Daarnaast had CEREC nog de vrees uitgesproken dat in het kader van een verblijfverzoek onvoldoende zou zijn gewaarborgd dat de door de pandhouder ter goedkeuring aan de voorzieningenrechter voorgestelde prijs met de marktwaarde van het verpande goed strookt. De Hoge Raad volgt deze gedachtegang niet. Niet alleen dient de voorzieningenrechter de pandgever in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord; ook in het kader van het vaststellen van de prijs kan de pandgever zijn standpunt naar voren brengen. Tot slot zou de voorzieningenrechter desnoods nadere instructiemaatregelen kunnen treffen. Met de tussenkomst van de voorzieningenrechter is dan ook ‘voldoende gewaarborgd’ dat de prijs van het verpande goed ‘naar objectieve maatstaven’ wordt bepaald, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.5.3). Hij verwerpt het beroep en veroordeelt CEREC in de kosten van het geding in cassatie. A-G Wuisman kwam tot een vergelijkbaar oordeel. De beschikking van de Hoge Raad is niet door eenieder positief ontvangen, zie bijvoorbeeld de annotatie van G.C. van Daal en I.A.J. Deijkers in *Ondernemingsrecht* 2017/67. Zie voorts de annotatie van B.A. Schuijling in *JOR* 2017/139.

Literatuur

- R. van den Bosch & K.A. Messelink, ‘De relevantie van het pandrecht voor de bancaire financieringspraktijk’, *NTHR* 2017, afl. 3, p. 109-122;
- M.M.G.B. van Drunen, ‘Rangorde bij inschrijving van levering en beslag’, *WPNR* 2017, afl. 7148, p. 360-366;
- B. Hoops & L.C.A. Verstappen, ‘Verkrijgende verjaring, het lot van beperkte rechten en de rol van het Kadaster en de notaris’, *WPNR* 2017, afl. 7147, p. 331-337;
- W.G. Huijgen, ‘Levering juridische eigendom na economische eigendomsoverdracht en de onherroepelijke volmacht’, *JBN* 2017/17, afl. 4;
- J.E. Jansen, ‘Kunnen beperkte rechten eigendomsverrijking door verjaring overleven?’, *NTBR* 2017/18, afl. 4, p. 129-132;
- A. Karapetian, ‘Het arrest IAE/Neo-River bezien vanuit art. 348 Sr en art. 3:40 BW’, *WPNR* 2017, afl. 7153, p. 447-453;
- A.A.J. Smelt, ‘Het voorwaardelijk eigendomsrecht’, *WPNR* 2017, afl. 7149, p. 374-381;
- A.A.J. Smelt, ‘Verkrijgende verjaring van onroerende zaken: aansluiting van het recht bij de feiten?’, *NTBR* 2017/23, afl. 5, p. 158-164;
- J.B. Spath, ‘Is de beslaglegger of de curator een derde?’, *NTBR* 2017/22, afl. 5, p. 148-157;
- J.C. van Straaten, ‘Landjepik – verjaring – onrechtmatige daad’, *JBN* 2017/26, afl. 6;
- E.F. Verheul, ‘Verval van beperkte rechten door verkrijgende verjaring van de onbezwaardheid’, *NTBR* 2017/17, afl. 4, p. 125-128.

ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

Mr. W.Th. Nuninga

Wetgeving

Gewijzigd voorstel van wet (6 mei 2017) Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen (*Kamerstukken I* 2016/17, 34257, A).

Jurisprudentie

HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, RvdW 2017/628, AR 2017/2801, JAR 2017/171; (‘Toezichtsfalen’); onrechtmatige daad; toezichthoudersaansprakelijkheid; asbest; mesotheliom

Eiser in deze zaak is van 1977 tot eind 2011 in dienst geweest bij Zalco BV (hierna: Zalco) en haar rechtsvoorgangers. In die periode is hij blootgesteld aan asbest. In 2009 is bij eiser longvlieskanker vastgesteld. Hij heeft Zalco toen aansprakelijk gesteld. Zalco heeft aansprakelijkheid erkend en conform de door het Instituut Asbestslachtof-

fers gehanteerde normbedragen schadevergoeding aan hem betaald. Deze betaling kwam neer op een vergoeding voor immateriële schade van € 51.395,- en een voorschot op materiële schade van twee keer € 2.858,-. Eiser is na de diagnose longvlieskanker arbeidsongeschikt geraakt. Tot aan het faillissement van Zalco in december 2011 heeft Zalco eisers loon doorbetaald. Na het faillissement ontving hij een WIA-uitkering.

In deze procedure stelt hij de Staat aansprakelijk wegens toezichtsfalen. Eiser stelt dat de Staat in de periode van 1977 tot begin jaren 90 van de vorige eeuw onrechtmatig heeft gehandeld doordat de Staat zijn verplichtingen toe te zien op veilig arbeidsomstandigheden voor werknemers (zoals eiser) onvoldoende is nagekomen. In die periode is eiser namelijk, ondanks het in 1993 bij het Asbestbesluit Arbeidsomstandighedenwet opgenomen verbod op het gebruik van asbest, blootgesteld aan asbest. Hij verwijt de Staat zowel nog niet bekende overtredingen van dat verbod door Zalco niet te hebben opgespoord (algemeen toezichtsfalen) als onvoldoende controle uit te hebben geoefend naar aanleiding van concrete aanwijzingen van overtredingen van dat verbod door Zalco (concreet toezichtsfalen).

De rechtbank oordeelde dat de vorderingen ten aanzien van de periode van voor 1993 verjaard zijn en achtte niet bewezen dat in de periode daarna sprake was van toezichtsfalen. Het hoger beroep richt zich slechts tegen dat laatste oordeel. Ten aanzien van de in hoger beroep nog van belang zijnde periode van na 1993 oordeelde het hof dat eiser onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake was van toezichtsfalen, terwijl de stel- en bewijsplicht ten aanzien van dat toezichtsfalen ingevolge artikel 150 Rv wel op hem rustte (r.o. 3.6-3.11 arrest hof). Tegen dat oordeel richt zich het cassatieberoep.

De Hoge Raad stelt voorop dat, hoewel de Arbeidsinspectie belast is met het houden van toezicht op naleving van het asbestverbod, de Arbeidsinspectie daarbij wel een grote mate van beleidsvrijheid toekomt (r.o. 3.4.2). Daarna erkent hij dat het uitoefenen van gebrekkig toezicht door de Arbeidsinspectie in beginsel onrechtmatig kan zijn jegens de werknemer die schade lijdt door overtreding van de regels, maar dat de rechter daarover terughoudend moet oordelen. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat de rechter alleen mag en moet beoordelen of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen in het specifieke geval (r.o. 3.4.3). Ter invulling van die beoordeling geeft hij het volgende richtsnoer (r.o. 3.4.4):

‘Van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de Arbeidsinspectie kan met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren. Het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden.’