

— Kroniek

Aansprakelijkheidsrecht

— door **Caspar Janssens, Ferah Taptik & Zoë Poortvliet**
 beeld **Floris Tilanus**

In deze Kroniek wordt een selectie van de tussen mei 2022 en mei 2023 door de Hoge Raad gewezen uitspraken op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht besproken. Aan de orde komen onder meer uitspraken op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid en overheidsaansprakelijkheid.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

In zijn arrest van 21 april 2023 (ECLI:NL:HR:2023:635) oordeelde de Hoge Raad over het matigingsoordeel van het hof ten aanzien van de aansprakelijkheid van twee bestuurders voor het tekort in de faillissementen van een groep vennootschappen. Na de faillietverklaring van de verschillende vennootschappen heeft de curator de bestuurders op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Kort gezegd heeft de curator aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat de bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat aanneemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van de faillissementen. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator grotendeels toegewezen en de bestuurders hoofdelijk veroordeeld in de kosten van de procedure. De bestuurders zijn vervolgens van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Volgens de bestuurders zijn de vennootschappen namelijk gefailleerd door een samenloop van omstandigheden, waaronder het inzakken van de vraag naar de grondverzetmachines, de kostbare financieringsstructuur en het teruggelopen marktaandeel. Het hof heeft vervolgens bij tussenarrest een deskundige benoemd om te berichten over de oorzaken van

de faillissementen en in welke mate elk van deze oorzaken heeft bijgedragen aan de faillissementen, alsmede in welke mate te voorzien was dat de oorzaak of oorzaken tot de faillissementen zouden leiden en wat de bestuurders hadden kunnen doen om die te voorkomen.

Wil onbehoorlijk bestuur leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheid voor het faillissementstekort, dan moet aanneemelijk zijn dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling behoeft dus niet de enige of belangrijkste oorzaak van de deconfiture te zijn. Op grond van de bevindingen van de deskundige concludeert het hof dat – het geheel overziende – de slotsom moet zijn dat de curator met recht de bestuurders kennelijk onbehoorlijk bestuur verwijt. De combinatie van, aan de ene kant, het niet ‘in control’ zijn van de organisatie, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen in een verslechterende situatie die daarom vroeg achterwege bleef en, aan de andere kant, het juist in die penibele situatie doorvoeren van een complexe, althans via vele schakels lopende, financiële herschikking, waarvan het resultaat was dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen dan bij de (jegens de schuldeisers)



onderling verbonden vennootschappen van de groep vennootschappen, maakte het doen en laten van de bestuurders ernstig verwijtbaar, aldus het hof. Het hof matigde echter de aansprakelijkheid van de bestuurders op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Op grond van dit artikel kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. Het hof beperkte de aansprakelijkheid van de bestuurders tot 10% van het boedeltekort gelet op de op zichzelf genomen geringe beloning van de bestuurders (gedurende enkele jaren), het ontbreken van concrete aanwijzingen dat zij zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de activiteit.

De curator is hiertegen in cassatie opgekomen. De curator klaagt dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de matigingsfactoren in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief is, dan wel dat het oordeel van het hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk is gelet op dit limitatieve karakter en bovendien dat matiging in beginsel slechts kan worden toegepast in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt. Voorts klaagt de curator dat de overweging van het hof dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt, onjuist, althans onbegrijpelijk is. De Hoge Raad overweegt dat zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 lid 4, eerste volzin, BW blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd. Bovendien zou het limitatieve karakter van de in artikel 2:248 lid 4, eerste volzin, BW genoemde gronden voor matiging met zich meebrengen dat het hof zijn oordeel niet kon baseren op 'alle omstandigheden'. Evenmin valt 'de op zichzelf genomen geringe beloning' van de be-

stuurders niet onder de gronden voor matiging als bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW, zo oordeelt de Hoge Raad.

Anders dan de curator aanvoerde, oordeelt de Hoge Raad dat de rechtsopvatting dat matiging als hoofdregel slechts mogelijk is in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt niet juist is. Uit de parlementaire geschiedenis zou immers blijken dat aan de matigingsbevoegdheid onder meer ten grondslag ligt dat het niet redelijk is de bestuurder aansprakelijk te houden voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan. Voorts kan de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt te staan tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur. Daarbij moet ook gelet worden op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken van het faillissement en met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Dit laat ruimte voor matiging, ook indien het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade, zonder dat die ruimte is beperkt tot gevallen waarin zich bijzondere omstandigheden voordoen, aldus de Hoge Raad.

Wel oordeelt de Hoge Raad dat de klachten van de curator slagen voor zover die inhouden dat het niet duidelijk is welke omstandigheden het hof bij zijn matigingsoordeel in aanmerking heeft genomen, naast de geringe beloning van de bestuurders, het ontbreken van aanwijzingen dat zij zich persoonlijk op ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de onderneming. Het hof heeft aldus onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

De Hoge Raad oordeelt tot slot dat, zoals in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt, in gevallen van onbehoorlijke taakvervulling veelal geen sprake is van een rechtstreeks en aanwijsbaar persoonlijk voordeel, maar van het op indirecte wijze persoonlijk voordeel genieten, via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn. In het licht van dit een en ander is naar zijn oordeel zonder nadere moti-

u moet het zo zien:
als al die andere dingen niet
tot het faillissement
hadden geleid...

...dán had u het aan
ons wanbestuur
kunnen wijten



vering niet begrijpelijk waarom concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.

In zijn arrest van 24 maart 2023 (ECLI:NL:HR:2023:445) boog de Hoge Raad zich wederom over de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW. In cassatie staat de vraag centraal wanneer een persoon kan worden aangemerkt als iemand die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware bestuurder in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. Ingevolge artikel 2:248 lid 7 BW wordt met een bestuurder gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.

Eiseres was bestuurder van Stichting Enalmei, welke stichting in 2014 mede Red Dragon B.V. had opgericht. Red Dra-

gon had tot doel om een restaurant te exploiteren. Op 5 oktober 2014 heeft Rabobank een financiering van € 3.100.000 aan Red Dragon toegezegd onder de voorwaarde dat Red Dragon eerst € 4.900.000 zelf zou financieren. Rabobank heeft vervolgens een bedrag van € 3.000.000 gestort op het op naam van Red Dragon bij Rabobank gehouden bouwdeposito. Naar later is gebleken, waren de door eiseres aan Rabobank gestuurde facturen van Bouwbedrijf Kreeft en de bankafschriften van de Stichting vervalst. Eiseres is met ingang van 24 december 2014 benoemd tot enig bestuurder van Red Dragon. In mei 2015 is het restaurant opengegaan voor het publiek. Op 6 december 2016 is Red Dragon failliet verklaard.

De curator vordert onder meer een verklaring voor recht dat eiseres haar taak als bestuurder dan wel feitelijke be-



leidsbepaler van Red Dragon kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Red Dragon. Ook vordert hij veroordeling van eiseres tot betaling van het tekort in het faillissement van Red Dragon. De rechtbank heeft de vordering toegewezen en heeft eiseres onder meer veroordeeld tot betaling van het faillissementsstekort, verminderd met een bedrag van € 1.000.000. Eiseres is in hoger beroep gekomen en heeft zich op het standpunt gesteld dat haar geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten omdat zij ten tijde van deze ontwikkelingen nog geen statutair bestuurder was van de gefailleerde vennootschap en dat zij ook niet als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Daarin volgt het hof haar niet. Het hof overweegt dat de curator voldoende concreet en onderbouwd heeft gesteld dat eiseres ook al in november 2014 de facto de bestuurstaak uitoefende. Daarbij wijst hij in het bijzonder op de communicatie tussen eiseres en de Rabobank, evenals de eigen verklaring van eiseres ten overstaan van de FIOD. Naar het oordeel van het hof is daarmee genoegzaam gebleken dat eiseres dusdanig vergaande bemoeienis had met de gang van zaken binnen de gefailleerde vennootschap ten aanzien van de totstandkoming en nadere uitvoering van de Financieringsovereenkomst met Rabobank, dat daaruit de gevolgtrekking gerechtvaardigd is dat zij als gevolg van artikel 2:248 lid 7 BW met een bestuurder gelijk te stellen is. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en voor recht verklaard dat eiseres haar taken als bestuurder van Red Dragon kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld als bedoeld in artikel 2:248 BW in verbinding met artikel 2:248 lid 7 BW, dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest en dat eiseres voor het tekort in de faillissementsboedel aansprakelijk is. Voorts heeft het hof eiseres veroordeeld tot betaling van het faillissementsstekort en tot betaling van een voorschot van € 1.000.000 aan de curator. Eiseres stelt in cassatie dat dit oordeel van het hof berust op een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof niet heeft beoordeeld of sprake is van feitelijke terzijdestelling van

het bestuur, terwijl dit blijkens de wetsgeschiedenis wel een vereiste is om te kunnen spreken van een feitelijk beleidsbepaler. De Hoge Raad overweegt dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of iemand het beleid van een vennootschap heeft

bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, en hij dus kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. Met de zinsnede in de wetsgeschiedenis dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als 'beleidsbepaler als ware hij bestuurder' te kunnen aanmerken, is kennelijk niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats van, en met uitsluiting van het formele bestuur. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de feitelijk beleidsbepaler zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit het woord 'mede' in artikel 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van zodanige beleidsbepaling ook sprake kan zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen, aldus de Hoge Raad.

Op grond van het voorgaande oordeelt de Hoge Raad dat het hof voor zijn oordeel dat eiseres als feitelijk beleidsbepaler is aan te merken, kon volstaan met een beoordeling van de vraag of eiseres het beleid van Red Dragon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Een onderdeel van die beoordeling is de vraag of eiseres het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. De Hoge Raad verwerpt aldus het beroep van eiseres.

BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID Pensioenadviseur I

In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1872) stond de aansprakelijkheid van een pensioenadviseur centraal. Die adviseur werd door een voormalige cliënt aansprakelijk gesteld voor de (pensioen)schade die hij heeft geleden als gevolg van het handelen van de adviseur. Aanvankelijk bouwde de cliënt een pensioen op in een collectieve pensioenregeling.

la me raden...
kreeg de pensioenadviseur
een kickback van
de dienstverlener?



Deze regeling voorzag in een gegarandeerd levenslang ouderdomspensioen. In de loop van 1999 heeft de pensioenadviseur de cliënt geadviseerd om de opgebouwde waarde van het gegarandeerde pensioen over te dragen aan een financieel dienstverlener. Via de financieel dienstverlener zou de cliënt zijn pensioen opbouwen in de vorm van een beleggingsverzekering wat, in tegenstelling tot het gegarandeerde pensioen, wél rekening zou houden met de indexering. In zijn advies heeft de pensioenadviseur enkele voorbeelden gegeven van het te verkrijgen ouderdomspensioen op basis van een rekenrente van 5%. De cliënt is destijds akkoord gegaan met dit voorstel van de pensioenadviseur, wat er uiteindelijk toe heeft geleid dat hij een lager pensioen heeft ontvangen dan wat hij oorspronkelijk zou hebben gekregen via zijn gegarandeerde pensioen.

De cliënt meent dat de pensioenadviseur zijn zorgplicht heeft geschonden en dat de adviseur daardoor aansprakelijk is voor de geleden schade. De pensioenadviseur had hem beter moeten waarschuwen voor de risico's voor het omzetten van zijn gegarandeerde pensioen in een beleggingsverzekering. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van de cliënt toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank echter vernietigd. Het hof stelde – terecht – voorop dat het antwoord op de vraag of een pensioenadviseur zijn zorgplicht heeft geschonden afhankelijk is van wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenadviseur mag worden verwacht. Het hof heeft overwogen dat het een feit van algemene bekendheid betreft dat het rendement van beleggingen kan tegenvallen of zelfs negatief kan zijn en dat de pensioenadviseur hier niet in hoefde te adviseren. Voor wat betreft de rekenrente oordeelde het hof daarentegen dat de pensioenadviseur gehouden is om (óók) te wijzen op een dalende rekenrente. In het eindarrest oordeelde het hof dat tussen de schending van de zorgplicht en de gestelde schade geen causaal verband is komen vast te staan. De cliënt zou onvoldoende hebben aangetoond dat hij zijn pensioen niet zou hebben omgezet in een beleggingsverzekering als hij kennis zou hebben genomen van de dalende rekenrente. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. In cassatie voerde de cliënt aan dat het hof heeft miskend dat de pen-

sioenadviseur hem onvoldoende heeft ingelicht voor wat betreft de combinatie van het beleggingsrisico en het risico voor de dalende rekenrente en dat hij, als hij had geweten van deze gecombineerde risico's, niet voor de beleggingsverzekering zou hebben gekozen. De Hoge Raad oordeelt dat de cliënt de kans op een hoger pensioen dan zijn gegarandeerde pensioen moet kunnen afwegen tegen het risico van een lager pensioen. Voor een dergelijke afweging is niet voldoende dat de cliënt slechts het bedrag weet van een lager pensioen. Naar oordeel van de Hoge Raad moet de cliënt óók weten hoe groot de kans is dat hij op een dergelijk lager pensioen uitkomt. Een dergelijke afweging kan alleen worden gemaakt door middel van de combinatie van het beleggingsrisico en het rekenrenterisico, aldus de Hoge Raad.

Pensioenadviseur II

In een andere zaak die in dit Kroniekjaar aan de Hoge Raad werd voorgelegd, sprak een werknemer niet alleen zijn werkgever, maar ook de pensioenadviseur van zijn werkgever aan omdat hij de werkgever onjuist zou hebben geadviseerd over excidentverzekeringen en waardeoverdracht van het pensioen. Het hof wijst de vordering tegen de pensioenadviseur af en in cassatie klaagt de werknemer er onder meer over dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat voor het aannemen van onrechtmatigheid meer nodig is dan eventuele tekortkomingen van de pensioenadviseur jegens de werkgever.

De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2023:428) honoreert deze klacht en vernietigt het arrest van het hof. De Hoge Raad overweegt dat als de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant zijn gedrag mede door die belangen dient te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dat meebrengen, zal de rechter de relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken.

De Hoge Raad overweegt dat het hof heeft vastgesteld dat

de pensioenadviseur de werkgever adviseerde en dat zij in opdracht van de werkgever werkzaamheden heeft verricht met betrekking tot het pensioen van de werknemer, die hebben geresulteerd in de excedentverzekeringen. Ook merkt hij op dat de contacten tussen de pensioenadviseur en de werkgever via de werknemer verliepen. Hij oordeelt dat deze omstandigheden tot de conclusie moeten leiden dat het belang van de werknemer zo nauw bij deze werkzaamheden van de pensioenadviseur was betrokken dat zij de op haar rustende zorgplicht zowel jegens de werkgever als jegens de werknemer in acht moest nemen. Een tekortschieten daarin oordeelt de Hoge Raad dan ook in beginsel onrechtmatig jegens de werknemer.

Gerechtsdeskundige

In een boedelverdelingsprocedure (ECLI:NL:HR:2022:1445) droeg het hof een gerechtsdeskundige op de aandelen van de man in een moedervernootschap en een werkmaatschappij te waarderen, waarbij hij ook rekening moest houden 'met hetgeen inmiddels bekend is over de bedrijfsresultaten in de periode daarna'. Nadat het rapport was afgerond, wees de vrouw het hof erop dat de gerechtsdeskundige bij de vaststelling van de waarde geen rekening had gehouden met de definitieve jaarrekening 2008 van de moedervernootschap en de definitieve resultaten van de werkmaatschappij over 2009. Anders dan de gerechtsdeskundige in zijn deskundigenbericht had aangenomen, bleek uit de cijfers dat de moedervernootschap zelfstandige baten had. Het hof beval daarop een nader deskundigenbericht over de vraag of een en ander de deskundige aanleiding gaf zijn eerdere deskundigenbericht te herzien. De deskundige berichtte het hof enkel dat de jaarrekening van de moedervernootschap over 2008 'van invloed kan zijn geweest op de rapportage'. In zijn arrest overwoog het hof dat de cijfers een 'substantiële impact' op de waardering van de aandelen zou kunnen hebben gehad. Het hof nam de waardering van de aandelen die de deskundige had opgesteld echter over.

De vrouw sprak daarop de gerechtelijk deskundige aan in een aparte procedure, die leidde tot het hier te bespreken arrest. De rechtbank in de aansprakelijkheidsprocedure oordeelde aanvankelijk dat de gerechtsdeskundige onrechtmatig jegens de vrouw had gehandeld, omdat hij had nagelaten de definitieve jaarcijfers over 2008 van de moedervernootschap in de waardering van de aandelen te betrekken of daarover een voorstel aan het hof te doen. Het hof oordeelde dat in de verdelingsprocedure de wezenlijke punten in de eindbeschikking niet behoren tot de kennis en kunde van de gerechtsdeskundige, maar dat die het domein van het hof zijn. De regie van de zaak, de verantwoordelijkheid voor de processuele rechtvaardigheid en een juiste beslissing over de vorderingen zijn naar oordeel van het hof

bij uitstek de verantwoordelijkheid van de rechter.

De vrouw gaat van dit arrest in cassatie en vindt aanvankelijk de A-G aan haar zijde. De A-G concludeert dat de gerechtsdeskundige gezien de opdracht een zorgplicht jegens partijen heeft en meent dat de gerechtsdeskundige daaraan niet heeft voldaan, omdat hij het hof niet heeft geadviseerd het aanvankelijke deskundigenbericht aan te passen aan de beschikbaar gekomen cijfers.

De Hoge Raad laat het arrest van het hof in de aansprakelijkheidsprocedure echter in stand, omdat de oordelen van dat hof te zeer met de feiten zijn verweven om in cassatie te kunnen worden onderzocht. Aan de hand van het arrest van het hof formuleert de Hoge Raad nog wel het criterium voor aansprakelijk van de gerechtsdeskundige:

'De deskundige dient de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. Daarbij dient hij de zorgvuldigheid in acht te nemen die mag worden verwacht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam deskundige bij uitbrengen van een deskundigenbericht in een gerechtelijke procedure. Wat die zorgvuldigheid in een concreet geval inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de inhoud van de opdracht, de aard en ernst van de betrokken belangen en de rol van de rechter. De rechter bepaalt immers welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd, of het deskundigenbericht beantwoordt aan die vraagstelling en of het deskundigenbericht toereikend is voor de door de rechter te nemen beslissing. Ook de waardering van het deskundigenbericht is aan het oordeel van de rechter overgelaten. Aan de door de rechter ingeschakelde deskundige dient voorts de nodige vrijheid te worden gelaten om het onderzoek te verrichten op de wijze die hij het beste vindt.'

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Een aantal (oud-)cardiologen die werkzaam waren bij het Ruwaard van Putten Ziekenhuis in Spijkenisse daagden de Staat voor de door hen geleden schade. In de loop van 2012 heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg ('Inspectie') inspectiebezoeken afgelegd aan de afdeling cardiologie van het ziekenhuis vanwege een hoger aantal sterfgevallen ten opzichte van andere ziekenhuizen. Als gevolg van dit onderzoek en het onafhankelijk onderzoek verricht door Medirede, heeft de inspectie het ziekenhuis diverse maatregelen opgelegd, waaronder een bevel voor een duur van zeven dagen op grond van artikel 8 lid 4 Kwaliteitswet zorginstelling (KWZi). Dit bevel betekende dat de cardiologen met onmiddellijke ingang geen zorg meer mochten verlenen in het ziekenhuis. De minister heeft dit bevel op een later moment verlengd en het bezwaar van de (oud-)cardiologen daartegen ongegrond verklaard. Deze zaak heeft destijds voor veel negatieve publiciteit gezorgd. Als gevolg hiervan zijn



de (oud-)cardiologen jarenlang ernstig beperkt in het uitoefenen van hun beroep als cardioloog. De (oud-)cardiologen zijn van mening dat de Staat jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en dat de Staat moet worden veroordeeld tot vergoeding van de door hen geleden schade.

Het hof heeft voor recht verklaard dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de (oud-)cardiologen. De minister was destijds op grond van artikel 8 lid 4 KWZi niet bevoegd om het bevel te verlengen. Het acute gevaar, een toepassingsvereiste volgens artikel 8 lid 4 KWZi, was namelijk geweken.

Bij de vaststelling van de schade heeft het hof gebruikgemaakt van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Het hof beoordeelde de mate van waarschijnlijkheid dat de cardiologen bij het uitblijven van de onrechtmatige verlenging van het bevel als cardioloog werk hadden gevonden. Deze mate van waarschijnlijkheid werd, per cardioloog verschillend, vastgesteld tussen de 5 en 10%. In cassatie was aan de orde of het oordeel van het hof dat de Staat met toekenning en begroting van de schade aan de (oud-)cardiologen heeft voldaan aan de vereisten van proportionele aansprakelijkheid. In zijn arrest (ECLI:NL:HR:2022:1454) oordeelt de Hoge Raad dat het hof de vereiste terughoudendheid heeft miskend, dan wel dat het zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd ten aanzien van de proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad overweegt dat het hof geen acht had geslagen op de vraag of de begrote mate van waarschijnlijkheid in het onderhavige geval niet erg klein was. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat het hof evenmin heeft beoordeeld of, en zo ja waarom, de strekking van de

geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de proportionele aansprakelijkheid in het concrete geval rechtvaardigen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

VARIA **Staatsloterij**

In het Kroniekjaar deed de Hoge Raad een belangrijke uitspraak in de zaken die tegen de Staatsloterij werden gevoerd vanwege misleidende mededelingen. Weet u het nog? Op 30 januari 2015 oordeelde de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:178) over de vraag of de Staatsloterij gedurende een aantal jaar misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen. Onder meer bleek dat prijzen niet werden getrokken uit de verkochte loten, maar uit het *universum*. Dat zijn niet alleen de loten die waren verkocht, maar ook alle loten die *konden* worden verkocht. Daardoor bestond een veel lagere kans op een prijs en was het aantal uitgekeerde prijzen ook veel lager dan Staatsloterij deed voorkomen.

De Hoge Raad sauveerde in 2015 het oordeel van het hof dat de onjuiste informatie van de Staatsloterij de maatman kan misleiden en zijn economische gedrag kan beïnvloeden, ook al ging het procentueel gezien om minuscuul kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953%.

Het hof had in die zaak ook geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de mededelingen van de Staatsloterij van materieel belang waren en dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien

van aankoop van een staatslot als de Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.

In de zaak waarin de Hoge Raad in het afgelopen jaar uitspraak deed, probeerde een abonnementsspeler zijn schade op de Staatsloterij te verhalen. De schade bestond volgens de speler uit de betaalde bedragen voor de gekochte loten in de jaren dat de Staatsloterij misleidende mededelingen deed, minus de gewonnen prijzen. De kantonrechter oordeelde dat geen causaal verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van de Staatsloterij en het kopen van de loten door de abonnementsspeler en wees de vordering af. Anders dan de kantonrechter oordeelde het hof dat het causaal verband moet worden aangenomen en dat de Staatsloterij er niet in is geslaagd het bewijfsvermoeden van het causaal verband te ontzenuwen. De vordering van de abonnementsspeler werd alsnog toegewezen.

Maar de Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof. Naar zijn oordeel heeft het hof het arrest uit 2015 verkeerd uitgelegd, omdat de Hoge Raad daarin geen oordeel heeft gegeven over de vraag of een causaal verband – in de zin van een *condicio sine qua non*-verband – tussen de misleidende mededelingen van de Staatsloterij en de aankoop van loten door individuele deelnemers moet worden aangenomen. De Hoge Raad lichtte toe dat hij alleen heeft bedoeld te oordelen dat sprake is geweest van misleidende mededelingen als bedoeld in artikel 6:194 BW (oud), zodat op dit oordeel geen bewijfsvermoeden kan worden gebaseerd. Naar oordeel van de Hoge Raad bestaat er in dit specifieke geval onvoldoende grond om het vermoeden van een causaal verband aan te nemen. Abonnementsspelers kunnen namelijk hun speelgeschiedenis bij de Staatsloterij opvragen, zodat de bewijfsproblematiek naar het oordeel van de Hoge Raad niet van dien aard is dat zij te hulp moeten worden geschoten door het bewijfsvermoeden met betrekking tot het causaal verband. De Hoge Raad vernietigde op deze gronden het arrest.

Freezing order

In het Kroniekjaar is ook weer een nieuw hoofdstuk geschreven in het faillissement van Yukos, voor zover dat voor de Nederlandse rechterlijke fora wordt uitgevochten. Ditmaal ging het over de gevolgen van een op vordering van Promneftstroy in kort geding opgelegde freezing order de verkoopopbrengst van de belangen van Yukos in twee oliemaatschappijen te storten op een afzonderlijke rentedragende bankrekening en dat daarover niet mocht worden beschikt. De Hoge Raad vernietigde de freezing order in 2011, maar daarmee was de kous bepaald niet af. In cassatie komt nu aan de orde of een benadeelde bij het onrechtmatig afdwingen van een freezing order zijn aanspraak op schade-

vergoeding kan verliezen op grond van eigen schuld of schadebeperkingsplicht.

Promneftstroy verweert zich met de stelling dat zij Yukos heeft aangeboden mee te werken aan het beheer van het door haar bevroren vermogen en dat Yukos haar schade had kunnen voorkomen indien zij op dit aanbod was ingegaan. Nu Yukos dat heeft geweigerd, is er volgens Promneftstroy sprake van eigen schuld. In lijn met vaste jurisprudentie hebben rechtbank en hof geoordeeld dat de partij die zijn wederpartij onder dreiging van executie dwingt zich te gedragen naar een in kort geding gegeven bevel, onrechtmatig handelt indien naderhand wordt geoordeeld dat hij niet het recht had van wederpartij te vergen zich naar dit bevel te gedragen.

Het hof passeerde het eigenschuldverweer, omdat de schade is veroorzaakt doordat Promneftstroy naleving van de freezing order heeft afgedwongen en niet (mede) door enige aan Yukos toe te rekenen omstandigheid. Indien Promneftstroy Yukos niet aan de freezing order zou hebben gehouden, zou voor die discussie namelijk geen plaats zijn geweest. In cassatie wordt onder meer geklaagd over dit oordeel. De A-G probeert de meubelen te redden en leest in de uitspraak van het hof dat het kennelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat de opstelling van Yukos in de discussie met Promneftstroy niet in zodanig verband staat met de schade die het gevolg is van de uitvoering van de freezing order, dat de schade in redelijkheid mede als een gevolg van haar opstelling aan Yukos kan worden toegerekend. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2022:1444) oordeelt anders en meent dat in de overweging van het hof klaarblijkelijk de rechtsopvatting ligt besloten dat in situaties als deze nooit plaats kan zijn voor vermindering van de schadevergoedingsplicht. Dat uitgangspunt oordeelt de Hoge Raad in zijn algemeenheid onjuist, omdat niet is uitgesloten dat degene ten laste van wie een maatregel als een freezing order wordt afgedwongen, onder omstandigheden zijn aanspraak op schadevergoeding verliest op grond van artikel 6:101 lid 1 BW voor zover de schade voorkomen had kunnen en behoren te worden door het treffen van een voorziening in overleg met degene die de maatregel afdwingt.

De Hoge Raad vernietigt daarop het arrest en verwijst de zaak, maar tekent aan dat het beroep op eigen schuld eventueel ook in de tussen partijen aanhangige schadestaatprocedure aan de orde kan komen.

– Caspar Janssens, Ferah Taptik en Zoë Poortvliet zijn (cassatie)advocaten bij Ploum.