

Beroepsaansprakelijkheid advocaten. Is sprake van bewuste roekeloosheid ex art. 8:1064 BW?

HR 22-06-2018, ECLI:NL:HR:2018:981

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

22 juni 2018

Magistraten

Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron

Zaaknummer

17/00842

Conclusie

A-G mr. T. Hartlief

Folio weergave[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**Vakgebied(en)**

Vervoersrecht / Bijzondere onderwerpen

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Juridische beroepen / Advocaat

Burgerlijk procesrecht / Hoger beroep

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2018:981, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 22â€6â€2018

ECLI:NL:PHR:2018:205, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 09â€3â€2018

Wetgeving

Art. 8:1064 BW

Essentie

Vervoersrecht. Maatstaf voor bewuste roekeloosheid. Beroepsfout advocaten. Devolutieve werking. Is sprake van bewuste roekeloosheid ex art. 8:1064 BW?

Samenvatting

In 1993 is tijdens het vervoeren van nat zand een binnenvaartschip van verweerster gekapseisd. In 1994 kapseist het binnenvaartschip opnieuw, waardoor twee andere schepen eveneens kapseizen (de Arcturus en Coby/Horn IV). In de daaropvolgende procedure staat de vraag centraal of verweerster haar schade mocht beperken, hetgeen niet mogelijk is bij bewuste roekeloosheid. De rechtbank en het hof hebben geoordeeld dat sprake is van bewuste roekeloosheid. De advocaten die verweerster bijstonden hebben vervolgens verzuimd om tegen dit oordeel tijdig cassatieberoep in te stellen. In de onderhavige procedure staat de vraag centraal hoe de Hoge Raad en (bij vernietiging) het verwijzingshof zouden hebben geoordeeld indien tijdig cassatieberoep was ingesteld.

HR: De Hoge Raad geeft allereerst de maatstaf weer die geldt in een beroepsaansprakelijkheidsprocedure bij het niet tijdig in stellen van hoger beroep dan wel cassatie; in beginsel moet worden beoordeeld hoe op de vordering/het rechtsmiddel had behoren te worden beslist, althans moet het toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen bij tijdig indienen van de vordering/het instellen van het middel. Daarbij geldt als toetsingsmaatstaf het moment waarop, beroepsfout weggedacht, over de vordering/het rechtsmiddel zou zijn geoordeeld; een beoordeling ex tunc. De Hoge Raad volgt het hof in zijn oordeel dat de maatstaf van bewuste roekeloosheid zou zijn beoordeeld aan de hand van de arresten van de Hoge Raad uit 2001 en de ook daarna door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf; van bewuste roekeloosheid is sprake als de aansprakelijke persoon het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar hij zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. Het door verweerster bepleite onderscheid dat deze maatstaf niet voldoet in gevallen waarin sprake is van een vaststaand gevaar, bijvoorbeeld bij het gebruik van een ondeugdelijk

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6747, RAV 2012/95, NJ 2012/652 (*Maat/Traxys c.s.*): maatstaf bewuste roekeloosheid;
- HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, RCR 2010/9, NJ 2010/3: maatstaf beroepsaansprakelijkheidsprocedure;
- HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, RAV 2009/76, NJ 2009/245: maatstaf bewuste roekeloosheid;
- HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2120, NJ 2002/598: maatstaf bewuste roekeloosheid;
- HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, NJ 2001/431: maatstaf beroepsaansprakelijkheidsprocedure;
- HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, NJ 2001/392: maatstaf bewuste roekeloosheid;
- HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308, NJ 2001/391: maatstaf bewuste roekeloosheid;
- HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257: maatstaf beroepsaansprakelijkheidsprocedure.

Wenk

In deze procedure staat centraal de vraag of de advocaten die de verweerster in cassatie in deze (vervoers)zaak hebben bijgestaan een beroepsfout hebben gemaakt door niet tijdig cassatieberoep in te stellen en bepaalde verweren niet te voeren. Ter beoordeling daarvan wordt een zogeheten 'procedure in een procedure' gevoerd. Hierbij staat in deze zaak centraal de uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid in art. 8:1064 BW.

De aansprakelijkheidsbeperking in renvooi-procedures kan worden doorbroken indien sprake is van bewuste roekeloosheid ex art. (huidig) 8:1064 BW en (oud) 951e WvK.

Art. 8:1064 BW luidt: "Niemand is gerechtigd zijn aansprakelijkheid te beperken, indien bewezen is dat de schade is ontstaan door zijn eigen handeling of nalaten, geschied hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien."

In de zogenoemde "5 januari-arresten" (zie onder 'Zie ook') heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van dergelijk bewust roekeloos handelen sprake is indien de aansprakelijk gestelde persoon het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar hij zich door een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. In het arrest van de Hoge Raad uit 2001 (NJ 2001/391) ging het om de vraag of een chauffeur bewust roekeloos had gehandeld op het moment dat hij een container met diefstal gevoelige goederen aan de openbare weg had geparkeerd en deze container vervolgens werd gestolen. De Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid dat de chauffeur slechts zijn eigen belang diende toen hij de container met de goederen het weekend op het verlaten parkeerterrein had laten staan, onvoldoende was om te komen tot het oordeel dat de chauffeur zich ervan bewust was dat de kans dat de container zou worden gestolen aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren.

In het onderhavige arrest oordeelde het hof dat uit de motivering van het arrest in de eerdere procedure niet bleek dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken "aanzienlijk groter" was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Van belang achtte het hof (welke omstandigheden ook door de Hoge Raad werden aangehaald) dat er voor 1993 (voordat het schip was gekapseisd) geen redenen waren om stabiliteitsproblemen te vermoeden en na 1993 (nadat het schip was gekapseisd) verweerster ervan uit was gegaan dat het ongeval was veroorzaakt door overbelading. Deze laatste conclusie werd ook bevestigd door verschillende onderzoeken.

De Hoge Raad oordeelt dat de overige omstandigheden die zijn aangevoerd voor de stelling dat wel sprake was van bewuste roekeloosheid niet zagen op de daadwerkelijke bewustheid bij verweerster van de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken, maar op de kans dat het schip zou kapseizen en op maatregelen die verweerster had moeten treffen. Die stellingen en omstandigheden zijn volgens de Hoge Raad niet van belang.

Bij bewuste roekeloosheid ex art. 8:1064 BW komt het zodoende aan op de vraag of de persoon zich "daadwerkelijk" bewust is geweest van het gevaar en niet op de vraag of de persoon zich bewust had behoren te zijn van het gevaar. Daarnaast moet de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken "aanzienlijk groter" zijn geweest. Kortom, aan bewuste roekeloosheid ex art.8:1064 BW worden strenge eisen gesteld.

De uitkomst van deze procedure is dat wanneer de advocaten tijdig cassatieberoep zouden hebben ingesteld, de Hoge Raad tot het oordeel zou zijn gekomen dat het hof de juiste maatstaf met betrekking tot 'bewust roekeloos' had gehanteerd. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof wel omdat, gelet op de devolutieve werking van het appel, het hof ten onrechte een tweetal verweren van de advocaten onbesproken heeft gelaten.

R.D. Leen

Partij(en)

Arrest in de zaak van:

1. Dentons Boekel N.V., voorheen Boekel N.V. en Boekel de Nerée N.V., gevestigd te Amsterdam,
 2. Houthof Buruma Coöperatief U.A., gevestigd te Amsterdam,
- eiseressen tot cassatie, verweersters in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. F.E. Vermeulen, tegen
[Verweerster], rechtsopvolger van [A] B.V., verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep, advocaten: mr. A.C. van Schaick en mr. N.E. Groeneveld-Tijssens.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de advocaten en [verweerster].

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/13/532625/HA ZA 12/1535 van de rechtbank Amsterdam van 17 juli 2013 en 28 mei 2014;
 - b. het arrest in de zaak 200.155.928/01 van het gerechtshof Amsterdam van 15 november 2016.
- (...)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben de advocaten beroep in cassatie ingesteld. [Verweerster] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. (...)

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor de advocaten mede door mr. G.P. Oosterhoff.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt zowel in het principaal cassatieberoep als in het incidenteel cassatieberoep tot verwerping.

De advocaat van de advocaten en de advocaat van [verweerster] hebben bij brieven van respectievelijk 6 april 2018 en 5 april 2018 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) [Verweerster] is eigenaar van het binnenschip 'VW VI' (hierna genoemd: 'de duwbak' of 'de splijtbak').
- ii) [Verweerster] had voor door de duwbak veroorzaakte schade een cascoverzekering met aansprakelijkheidsdekking afgesloten bij een aantal verzekeraars (hierna: de verzekeraars).
- iii) In de Algemene Duwconditiën 1988 is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:
“(...)
Art. 1 – Voor rekening van de eigenaar van de duwbak, of – zo deze het contract niet heeft gesloten noch daartoe is toetreden – van de contractant, is alle schade anders dan terzake van de dood of letsel van personen, die het gevolg mocht zijn van schuld of nalatigheid van de bemanning van de duwboot, en/of van personeel in dienst van de duwbootexploitant en/of van personeel door de duwbakexploitant of zijn tussenkomst geleverd om dienst te doen aan boord van duwbakken.
(...)
Art. 5 (...)
c.
De aansprakelijkheid van de duwboot zal ook buiten het geval van art. 944 van het Wetboek van Koophandel nimmer de volgens dit artikel bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde bedragen te boven gaan. (...)”
- iv) Op 23 juni 1993 is de duwbak gekapseisd tijdens het laden met nat spuitzand. Naar aanleiding daarvan heeft [verweerster] intern de afspraak gemaakt dat bij vervoer van nat zand gevaren moet worden zonder de balken in de dennenboom (de opstaande rand in het dek rond de laadruimte). Vanaf dit incident tot 5 juli 1994 is de duwbak niet gebruikt om nat zand te vervoeren.
- v) Op 5 juli 1994 is de duwbak in een sluis, na een aanraking met een sluiswand, opnieuw gekapseisd. De duwbak werd op dat moment, in opdracht van [verweerster], voortgestuwd door duwsleepboot 'Arcturus', eigendom van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). Als gevolg van het kapseizen van de duwbak is de Arcturus ook gekapseisd. In de sluis bevond zich verder de duwcombinatie Coby/Horn IV. Deze is als gevolg van het

- kapseizen van de duwbak eveneens gekapseisd.
- vi) Bij beschikking van 18 juli 1995 heeft de rechtbank Amsterdam voorlopig vastgesteld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid op de voet van art. 951a en 951f (oud) Wetboek van Koophandel (hierna: WvK) mag beperken tot 100.000 rekeneenheden. Vervolgens is een beperkingsfonds gesteld waarin de rechtsvoorgangster van beursmakelaar Aon een bedrag van f 293.730 (€ 133.288,86) heeft gestort, nadat dit bedrag door de verzekeraars aan Aon was overgemaakt.
 - vii) [Betrokkene 1] en de eigenaren van de Coby/Horn IV hebben zich op het standpunt gesteld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid niet mag beperken. Zij zijn daarop naar de renvooiprocedure verwezen.
 - viii) Bij vonnissen van 26 november 2003 en 12 mei 2004 heeft de rechtbank Amsterdam in de door [betrokkene 1] aangespannen renvooiprocedure (hierna: de [betrokkene 1-procedure]) geoordeeld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid niet mag beperken op de voet van art. 951a (oud) WvK. Bij vonnis van 13 april 2005 heeft de rechtbank Amsterdam in de door de eigenaren van de Coby/Horn IV aangespannen renvooiprocedure (hierna: de *Coby/Horn*-procedure) gelijkluidend geoordeeld.
 - ix) [Verweerster] heeft zowel in de [betrokkene 1-procedure] als in de *Coby/Horn*-procedure hoger beroep ingesteld. In afwachting van de uitkomst van de [betrokkene 1-procedure] is het hoger beroep in de *Coby/Horn*-procedure naar de parkeerrol verwezen.
 - x) Bij arrest van 22 mei 2008 heeft het hof Amsterdam de vonnissen in de [betrokkene 1-procedure] bekrachtigd (hierna: het [betrokkene 1]-arrest). In het arrest is, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:
“(…)

4.4.14

In het kader van genoemd onderzoek heeft de politie [betrokkene 2], als hoofd materieel in dienst bij [verweerster], op 17 mei 1995 als verdachte gehoord. [Betrokkene 2] geldt als ‘alter ego’ van [verweerster]. Hij heeft onder meer het volgende verklaard:
‘In 1993 is de splijtbak (...) omgeslagen (...). Dit gebeurde tijdens het laden van zand (...). Na dat ongeval heb ik de conclusie getrokken dat door een lading nat zand de [splijtbak] instabiel werd. Tijdens het ongeval in 1993 is mij niet duidelijk geworden of de instabiliteit (...) te wijten was aan de splijtbak of aan het over de ijkmerken laden van de splijtbak. Ik ben ervan uitgegaan dat dit laatste het geval was. (...)’
(...)

4.4.17

[Betrokkene 3], directeur van de moedervenootschap van [verweerster] heeft tijdens het pleidooi in eerste aanleg op 30 september 2003 onder meer verklaard:
‘(...) U vraagt mij waarom er na het ongeval in 1993 geen onderzoek is geweest naar de stabiliteit van de splijtbak. Wij wisten niet wat de oorzaak van het kapseizen was geweest; dat was de verantwoordelijkheid van ons hoofd materieel, [betrokkene 2]; wij lieten dit onderwerp aan hem over.’

4.5

Gelet op bovengenoemde feiten en omstandigheden, zoals blijkend uit de aangehaalde verklaringen, in onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat [verweerster] zich bewust moet zijn geweest van het zeer aanzienlijke gevaar van kapseizen dat zij op 5 juli 1994 door het (doen) laden van de splijtbak met nat spuitend in het leven riep, en zich hierdoor desondanks niet van dat gedrag heeft laten weerhouden.
(...)

4.5.2

Het hof is van oordeel dat, na het kapseizen van de splijtbak op 23 juni 1993, mede gelet op de zeer gevaarlijke situatie die door het kapseizen ontstaat, het op de weg van [verweerster] had gelegen alvorens weer nat spuitend met de splijtbak te (doen) vervoeren, berekeningen te (laten) maken met betrekking tot de (dynamische) stabiliteit van de splijtbak. Door zonder dergelijke berekeningen na het ongeval op 23 juni 1993 toch nat spuitend met de splijtbak te blijven vervoeren, heeft [verweerster], gezien het hiervoor overwogene, willens en wetens het risico genomen dat door het opnieuw kapseizen van de splijtbak weer schade zou ontstaan. Het ongeval is derhalve te wijten aan bewust roekeloos handelen van [verweerster] in de zin van artikel 740e K (oud). Bijgevolg is [verweerster] niet gerechtigd haar aansprakelijkheid jegens [betrokkene 1] (...) te beperken.”

- xi) [Verweerster] heeft de advocaten opdracht gegeven cassatie in te stellen tegen het [betrokkene 1]-arrest. De advocaten hebben een cassatiedagvaarding uitgebracht, maar zij hebben over het hoofd gezien dat een verkorte cassatietermijn geldt. Het cassatieberoep is als gevolg daarvan te laat ingesteld. Het cassatieberoep is ingetrokken.

- xii. [Verweerster] heeft vervolgens met [betrokkene 1] en met de eigenaren van de Coby/Horn IV vaststellingsovereenkomsten gesloten. Met [betrokkene 1] is geschikt voor € 565.000. Met de eigenaren van de Coby/Horn IV is geschikt voor € 474.000.

3.2

In dit geding, waarin behalve de advocaten ook de verzekeraars zijn gedagvaard, heeft [verweerster], voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht gevorderd dat de advocaten bij de behandeling van de [betrokkene 1-procedure] beroepsfouten hebben gemaakt (zie hiervoor in 3.1 onder (xi) en hierna in 3.3.2). [Verweerster] heeft – ten aanzien van de advocaten – verder onder meer gevorderd schadevergoeding ter hoogte van € 1.039.000, onder aftrek van hetgeen de verzekeraars aan [verweerster] verschuldigd zullen blijken te zijn, alsmede vergoeding van advocaatkosten. De rechtbank heeft de gevorderde verklaring voor recht gegeven en als schadevergoeding een bedrag van € 59.098,90 toegewezen. Zij heeft de vordering met betrekking tot de advocaatkosten afgewezen.

3.3.1

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank met betrekking tot de verklaring voor recht en de afwijzing van de advocaatkosten bekrachtigd. Het heeft de vordering tot vergoeding van schade, die [verweerster] in hoger beroep had vermeerderd tot € 1.252.699,15, toegewezen tot een bedrag van € 565.000.

3.3.2

Met betrekking tot de vraag of de advocaten een beroepsfout hebben gemaakt door geen grieven te richten tegen de vaststelling van de rechtbank dat [betrokkene 2] beschouwd kan worden als alter ego van [verweerster] en, zo ja, of deze beroepsfout tot schade heeft geleid, heeft het hof, samengevat, het volgende overwogen.

De vraag of het handelen van [betrokkene 2] in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als het handelen van [verweerster] is een centrale vraag in deze procedure. Het is in beginsel als een beroepsfout te kwalificeren dat in hoger beroep geen grief is gericht tegen de vaststelling van de rechtbank dat [betrokkene 2] beschouwd kan worden als het alter ego van [verweerster]. (rov. 3.11) Het hof had, ingeval een dergelijke grief was geformuleerd, niet zonder meer de overweging van de rechtbank kunnen overnemen. Niet vaststaat echter dat het hof [verweerster] in dat geval tot bewijslevering had toegelaten. Het komt aan op de conclusie die het hof aan die vaststaande feiten zou hebben verbonden. Echter, zelfs al zou het hof tot de door [verweerster] gewenste conclusie zijn gekomen met betrekking tot de rol van [betrokkene 2], dan staat daarmee bepaald niet vast dat het hof niet had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vennootschap. Op grond van de door [verweerster] gestelde feiten kan niet worden geconcludeerd dat deze beroepsfout tot schade heeft geleid. (rov. 3.12)

3.3.3

In rov. 3.28 heeft het hof geoordeeld dat, ingeval de advocaten de cassatietermijn niet hadden laten verstrijken, de procedures in cassatie en bij het verwijzingshof ertoe zouden hebben geleid dat [verweerster] haar aansprakelijkheid wel had mogen beperken, en dat [verweerster] dus haar schade mag verhalen op de advocaten. Aan dit oordeel heeft het hof, samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

In beginsel moet worden beoordeeld hoe de Hoge Raad had behoren te beslissen, en in geval van verwijzing, hoe het verwijzingshof had behoren te beslissen, althans moet het toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van goede en kwade kansen die [verweerster] zou hebben gehad in cassatie, en eventueel in de verwijzingsprocedure, als het cassatieberoep tijdig was ingesteld. (rov. 3.13) Nu in dit geval de middelen van cassatie bekend zijn, en niet gesteld of gebleken is dat tevens incidenteel cassatieberoep zou zijn ingesteld, is het in het onderhavige geval mogelijk de omvang van het geding in cassatie vast te stellen en aldus het verloop van het cassatiegeding en van het geding na een eventuele verwijzing, concreet te beoordelen. (rov. 3.14)

In de te laat uitgebrachte cassatiedagvaarding is geklaagd over de onjuiste toepassing door het hof van het criterium 'roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien', zoals bedoeld in art. 951e (oud) WvK. (rov. 3.15) Volgens de 5 januari-arresten (HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308, NJ 2001/391 en ECLI:NL:HR:2001:AA9309, NJ 2001/ 392) is van bewuste roekeloosheid sprake als degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. (rov. 3.17)

Uit het [betrokkene 1]-arrest kan niet worden afgeleid dat dit criterium voor bewuste roekeloosheid is gehanteerd. (rov. 3.19) De Hoge Raad had tot cassatie behoren over te gaan. (rov. 3.20) Het verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat niet aan voornoemd criterium was voldaan. (rov. 3.21)

Uit de rapporten blijkt weliswaar waaruit het gevaar bestond, maar niet dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken groter was dan 50%. (rov. 3.23)

Zou uit de inherente instabiliteit zijn af te leiden dat het gevaar zich zeker op enig moment zou verwezenlijken, dan kan uit

de vaststaande feiten niet worden afgeleid dat [verweerster] zich daarvan bewust is geweest. (rov. 3.24) Het gaat om het subjectieve bewustzijn, dat moet worden afgeleid uit de gegeven feiten en omstandigheden. (rov. 3.25) [verweerster] is ervan uitgegaan dat overbelading de oorzaak was van het kapseizen in 1993 en was zich niet bewust van een inherente instabiliteit. Dat dat uitgangspunt mogelijk onjuist is geweest doet daaraan niet af. (rov. 3.26)

3.3.4

Voor het overige heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, nog het volgende overwogen. Het betoog van [verweerster] dat zij ook de schade in de zaak *Coby/Horn* op de advocaten mag verhalen, faalt. [Verweerster] stond niets in de weg om in de zaak *Coby/Horn* voort te procederen. Dit had, gelet op de geproduceerde gedingstukken in de andere zaak, met betrekkelijk weinig tijd en moeite gepaard kunnen gaan. Dat [verweerster] ervoor heeft gekozen om ook in deze zaak een schikking te treffen, moet voor haar rekening en risico blijven. (rov. 3.29) De klacht van [verweerster] dat de rechtbank ten onrechte op de schadevergoeding (een deel van) het gestorte beperkingsbedrag in mindering heeft gebracht, slaagt (rov. 3.30). In beide procedures is buiten het beperkingsfonds om een regeling getroffen, zodat dit fonds afgewikkeld diende te worden. Het gestorte beperkingsbedrag is nimmer aan [verweerster] ten goede gekomen en evenmin aan [betrokkene 1] en/of *Coby/Horn*. (rov. 3.31) Anders dan [verweerster] veronderstelt, heeft de rechtbank wel beslist op de vordering van [verweerster] inhoudende dat de volledige proceskosten van de procedure tegen de verzekeraars ten laste van de advocaten moeten worden gebracht (rov. 3.34-3.35).

De grief van [verweerster] over het oordeel van de rechtbank dat het van de verzekeraars ontvangen bedrag afgetrokken dient te worden van de verhaalbare advocaatkosten, faalt. In het licht van de betwisting van de stellingen van [verweerster] door de advocaten, heeft [verweerster] onvoldoende onderbouwd dat en op grond waarvan de uitkering van de AVB-verzekeraars niet zou strekken ter delging van de hier gevorderde kosten. (rov. 3.36)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1

Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep is gericht tegen het oordeel van het hof dat, bij afwezigheid van de beroepsfout, de procedure in cassatie en daarna de verwijzingsprocedure ertoe zouden hebben geleid dat [verweerster] haar aansprakelijkheid jegens [betrokkene 1] wel had mogen beperken, en dat [verweerster] haar schade dus op de advocaten mag verhalen (rov. 3.21-3.28).

4.1.2

Onderdeel 1a betoogt dat het hof ten onrechte niet heeft geoordeeld over twee verweren die ertoe strekken dat [verweerster] hoe dan ook onbeperkt aansprakelijk was jegens [betrokkene 1], enerzijds op grond van de tussen partijen geldende Algemene Duwbakconditiën 1988 en anderzijds uit hoofde van de positie van [verweerster] als werkgever en haar tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet. Volgens het onderdeel had het verwijzingshof, bij de beoordeling of [verweerster] haar aansprakelijkheid mocht beperken, moeten oordelen over deze alternatieve grondslagen voor onbeperkte aansprakelijkheid van [verweerster], mede gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep ten gunste van [betrokkene 1] als geïntimeerde.

4.1.3

Voor zover het onderdeel betoogt dat het hof de verweren had moeten opvatten als grieven in incidenteel appel, faalt het op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.10. Voor zover het onderdeel betoogt dat het hof de verweren in verband met de devolutieve werking van het hoger beroep had moeten betrekken in de beoordeling van het principaal appel, wordt het volgende overwogen.

4.1.4

In de [betrokkene 1-procedure] had [betrokkene 1] zich beroepen op de hiervoor in 4.1.2 vermelde alternatieve grondslagen voor volledige aansprakelijkheid. De rechtbank en het hof hebben daarover in die procedure geen oordeel gegeven, nu zij oordeelden dat [verweerster] niet gerechtigd was haar aansprakelijkheid te beperken in verband met bewuste roekeloosheid. In de onderhavige procedure heeft de rechtbank op basis van uitsluitend het debat over bewuste roekeloosheid geoordeeld dat er een kans was van 60% op een succesvol cassatieberoep en vervolgens een kans van 20% op een beslissing in het voordeel van [verweerster] in de verwijzingsprocedure (rov. 5.13). Dat oordeel impliceert dat het beroep op de hiervoor in 4.1.2 vermelde alternatieve grondslagen in de verwijzingsprocedure zou zijn verworpen, nu die grondslagen in de [betrokkene 1-procedure] niet door de rechtbank waren beoordeeld en strekten tot het aannemen van volledige aansprakelijkheid van [verweerster]. In de onderhavige zaak moeten de beroepen op die alternatieve grondslagen worden aangemerkt als (door de rechtbank onbehandeld gelaten) verweren van de advocaten tegen de op een beroepsfout gebaseerde vordering van [verweerster], welke verweren strekken tot afwijzing van die vordering op de grond dat volledige aansprakelijkheid van [verweerster] jegens [betrokkene 1] zou zijn aangenomen.

4.1.5

De rechtbank heeft de vordering van [verweerster] tegen de advocaten gedeeltelijk toegewezen (tot een bedrag van € 59.098,90). Het (principale) hoger beroep van [verweerster] was, voor zover hier van belang, gericht tegen de door de rechtbank gehanteerde kansberekening en strekte tot algehele toewijzing van haar vordering. Op grond van de devolutive werking van het hoger beroep had het hof de hiervoor in 4.1.4 vermelde, door de rechtbank onbehandeld gelaten verweren van de advocaten in de beoordeling van het principaal appel moeten betrekken binnen het door de grieven ontsloten gebied. Dat wil zeggen dat het hof had moeten ingaan op die verweren voor zover op grond van het principaal appel meer zou worden toegewezen dan het door de rechtbank toegewezen bedrag. Wat betreft dit meerdere stelde het principaal appel immers de toewijsbaarheid van de vordering opnieuw aan de orde.

4.1.6

Nu het hof niet is ingegaan op de hiervoor in 4.1.4 bedoelde verweren, slaagt het onderdeel in zoverre.

4.2.1

Onderdeel 2 klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het criterium 'roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien' van art. 951e (oud) WvK (thans art. 8:1064 BW). Als gevolg hiervan heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat de Hoge Raad het [betrokkene 1]-arrest had behoren te vernietigen en het verwijzingshof had behoren te oordelen dat [verweerster] haar aansprakelijkheid mocht beperken. Het onderdeel voert onder meer aan dat de maatstaf van de arresten van 5 januari 2001 (zie hierna onder 4.2.3) niet voldoet in gevallen waarin sprake is van een vaststaand gevaar, bijvoorbeeld in gevallen van schade door het gebruik van een ondeugdelijk vervoermiddel.

4.2.2

Bij de beoordeling van deze klacht wordt het volgende vooropgesteld. In een geval waarin een advocaat wordt verweten dat hij niet tijdig een vordering of een rechtsmiddel heeft ingesteld moet, voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in welke mate, de cliënt als gevolg van die fout schade heeft geleden, in beginsel worden beoordeeld hoe op de vordering of het rechtsmiddel had behoren te worden beslist, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad indien de vordering of het rechtsmiddel tijdig zou zijn ingesteld (vgl. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257 en HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, *NJ* 2010/3).

De rechter dient bij de hiervoor bedoelde beoordelingen uit te gaan van de stand van de rechtsontwikkeling op het moment waarop – de beroepsfout weggedacht – over de vordering of het rechtsmiddel zou zijn geoordeeld.

Geen andere maatstaf geldt indien, zoals in het onderhavige geval, sprake is van een te laat ingesteld cassatieberoep. Het gaat dan erom of dit beroep tot vernietiging zou hebben geleid en, zo ja, hoe na verwijzing over de zaak zou zijn geoordeeld (vgl. HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, *NJ* 2001/431, rov. 3.5).

4.2.3

Het hof heeft geoordeeld dat de Hoge Raad (en vervolgens het verwijzingshof), ingeval het cassatieberoep tijdig zou zijn ingesteld, de vraag of voldaan is aan het criterium 'roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien' van art. 951e (oud) WvK, zou hebben beoordeeld aan de hand van de maatstaf van de arresten van de Hoge Raad van 5 januari 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AA9308, *NJ* 2001/391 en ECLI:NL:HR:2001:AA9309, *NJ* 2001/392). Deze maatstaf houdt in dat van bewust roekeloos handelen in deze zin sprake is wanneer de aansprakelijk gestelde persoon het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar hij zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden.

4.2.4

Dit oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De zojuist vermelde maatstaf van de arresten van 5 januari 2001 is sedertdien immers – ook nadat zou zijn beslist in het cassatieberoep tegen het [betrokkene 1]-arrest – diverse malen bevestigd (zie onder meer HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2120, *NJ* 2002/598, HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, *NJ* 2009/245 en HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6747, *NJ* 2012/652), zonder dat daarbij een onderscheid is gemaakt als door het onderdeel wordt bepleit.

4.2.5

Uit het voorgaande volgt dat de klacht van onderdeel 2 faalt.

4.3

Onderdeel 1c klaagt dat het hof onvoldoende heeft gerespondeerd op de stelling van de advocaten dat de Hoge Raad, in de

[betrokkene 1-procedure], gelet op het door rechtbank en hof bereikte ‘aansprekende’ resultaat, zou hebben geoordeeld dat het hof Amsterdam daadwerkelijk de hiervoor in 4.2.3 vermelde maatstaf heeft toegepast. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klacht niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.4.1

Ook onderdeel 1b is gericht tegen het hiervoor in 4.1.1 vermelde oordeel van het hof dat [verweerster] haar aansprakelijkheid jegens [betrokkene 1] had mogen beperken. Het onderdeel klaagt onder meer dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van een reeks stellingen die de advocaten in de procedure hebben betrokken (vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.12). Volgens het onderdeel duiden die erop dat [verweerster] roekeloos handelde, met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.

4.4.2

Gelet op het falen van de onderdelen 2 en 1c (zie hiervoor in 4.2.5 en 4.3), stelt het onderdeel ten onrechte dat bij de beoordeling ‘de feitelijke eindbeslissingen in het [betrokkene 1]-arrest’ tot uitgangspunt dienen. Die eindbeslissingen hangen immers samen met het door het hof Amsterdam in het [betrokkene 1]-arrest gebezigde criterium voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking. Dat criterium is onderwerp van het hypothetische cassatieberoep, dat volgens het hof had moeten slagen (rov. 3.20). In verband met dat laatste is het hof, voor zover hier van belang, voor de procedure na verwijzing dan ook terecht uitgegaan van (alleen) de in de [betrokkene 1-procedure] vastgestelde feiten (rov. 3.21) en niet van de daarin gegeven eindbeslissingen.

4.4.3

Het oordeel van het hof in rov. 3.24-3.26 komt erop neer dat, ook als de kans op kapseizen van de splijtbak zeer groot zou zijn geweest, niet kan worden geoordeeld dat [verweerster] zich daadwerkelijk ervan bewust is geweest dat de kans dat de splijtbak zou kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, zoals is vereist volgens de hiervoor in 4.2.3 bedoelde maatstaf. Dit oordeel berust op de omstandigheden (a) dat [verweerster] vóór het eerste ongeval in 1993 geen reden had om enig stabiliteitsprobleem te vermoeden, nu de splijtbak na aanschaf en verbouwing was gemeten en goedgekeurd door de Scheepsmetingsdienst, en (b) dat [verweerster] na het ongeval in 1993 – met nat zand – ervan is uitgegaan dat dit ongeval was veroorzaakt door overbelading, hetgeen overeenstemt met de conclusie uit het rapport van expertisebureau Velthuisen, niet wordt tegengesproken door het onderzoek van de politie en de verklaring van bestuurder [betrokkene 4] en ook indirecte steun vindt in de omstandigheid dat de Scheepvaartinspectie in juni 1994 de bak opnieuw heeft goedgekeurd en een voorlopig certificaat heeft afgegeven.

Het hiervoor bedoelde oordeel van het hof draagt zelfstandig zijn beslissing dat het verwijzingshof had moeten beslissen dat geen sprake is geweest van bewuste roekeloosheid. De in het onderdeel vermelde stellingen en omstandigheden hebben voor het grootste deel geen betrekking op dit oordeel – kort gezegd: de daadwerkelijke bewustheid bij [verweerster] van de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken –, maar op de kans dat de splijtbak zou kapseizen en op maatregelen die [verweerster] had moeten treffen na het ongeval van 1993. In dit verband zijn die stellingen en omstandigheden dus niet van belang.

Ook de in het onderdeel vermelde stelling dat [verweerster] heeft nagelaten [betrokkene 1] op de hoogte te stellen van een interne richtlijn met betrekking tot de belading die naar aanleiding van het ongeval in 1993 is opgesteld, brengt de vereiste daadwerkelijke bewustheid van de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken, nog niet mee. Die stelling wijst wellicht op ernstige nalatigheid van [verweerster], maar daaruit volgt nog niet dat zij zich bij dit nalaten ervan bewust was dat de kans dat het haar bekende gevaar – het gevaar van (kapseizen door) overbelading – zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Voorts ligt in het oordeel van het hof een verwerping besloten van de stelling dat [verweerster] wist dat door een lading met nat spuitzand – dus ook zonder dat sprake zou zijn van overbelading – de splijtbak instabiel werd.

4.4.4

Op het bovenstaande stuiten de hiervoor in 4.4.1 bedoelde klachten van onderdeel 1b af.

4.5

De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1

Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep bestrijdt het oordeel van het hof over de ontbrekende grief tegen het

oordeel van de rechtbank in de [betrokkene 1-procedure] over de kwalificatie van [betrokkene 2] als 'alter ego' van [verweerster] (rov. 3.9-3.12). Het onderdeel gaat in het bijzonder over de volgende passage van rov. 3.12:

“Echter, zelfs al zou het hof tot de door [verweerster] gewenste conclusie zijn gekomen met betrekking tot de rol van [betrokkene 2] staat daarmee bepaald niet vast, zoals [verweerster] betoogt, dat het hof niet had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vennootschap. [Verweerster] heeft dit betoog niet nader toegelicht. Met name heeft zij niet gesteld wat zij daartoe in hoger beroep zou hebben aangevoerd. Dit lag wel op haar weg, temeer nu de verweten gedraging feitelijk vooral een nalaten betreft. Op grond van de door [verweerster] gestelde feiten kan dan ook niet worden geconcludeerd dat deze beroepsfout tot schade heeft geleid.”

Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof met dit oordeel te strenge eisen heeft gesteld aan de stelplicht van DVDDW.

5.1.2

Het onderdeel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Indien de advocaten tegen het bewuste oordeel van de rechtbank een grief zouden hebben gericht, zou dat in de visie van [verweerster] ertoe hebben geleid dat in de [betrokkene 1-procedure] niet zou zijn geoordeeld dat sprake was van bewuste roekeloosheid. Tot deze uitkomst is het hof in de onderhavige procedure ook gekomen. Het onderzoek dat na verwijzing nog dient te worden uitgevoerd in verband met het slagen van onderdeel 1a in het principale cassatieberoep, betreft niet de vraag of al dan niet sprake was van bewuste roekeloosheid.

5.2.1

Onderdeel 2.2 bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 3.29 dat de keuze van [verweerster] om in de zaak *Coby/Horn* een schikking te treffen voor haar rekening en risico moet blijven. Bij de beoordeling van dit onderdeel is uitgangspunt dat dit oordeel zo moet worden begrepen dat de schade geleden door de schikking in de *Coby/Horn*-zaak niet in zodanig verband staat met de beroepsfout van de advocaten in de [betrokkene 1]-zaak dat zij de advocaten als gevolg van deze beroepsfout kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof bij zijn oordeel essentiële stellingen onbesproken heeft gelaten.

5.2.2

Deze klacht faalt. Voor zover de gestelde omstandigheden (opgesomd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 7.11) relevant zijn voor de vraag of de schade geleden door het treffen van de schikking in de zaak *Coby/Horn* als gevolg van de beroepsfout aan de advocaten kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, houden zij in essentie in dat het voor [verweerster] om diverse redenen bezwaarlijk was om in de zaak *Coby/Horn* voort te procederen en dat zij druk ervoer om in die zaak een schikking te treffen. Het hof heeft in rov. 3.29 overwogen dat voor [verweerster] na het [betrokkene 1]-arrest niets eraan in de weg stond om in de zaak *Coby/Horn* voort te procederen en dat dit, gelet op de geproduceerde gedingstukken in de [betrokkene 1]-zaak, met betrekkelijk weinig moeite en tijd gepaard had kunnen gaan. In dit oordeel ligt een verwerping besloten van de zojuist genoemde stellingen, nu die stellingen nauw met dat oordeel samenhangen. Van een voorbijgaan aan essentiële stellingen is daarom geen sprake.

5.3

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 15 november 2016;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de advocaten begroot op € 6.682,49 aan verschotten en € 2.600 voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de advocaten begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek en C.E. du Perron, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 22 juni 2018.

Conclusie

Conclusie A-G mr. T. Hartlief:

1. Feiten

1.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.^[2]

1.2

[Verweerster] is eigenaar van een hydraulische patent-onderlosser, het binnenschip genaamd 'VW VI' (hierna en in de stukken ook: 'de splijtbak' of 'de duwbak').

1.3

[Verweerster] had, op alle relevante momenten, een cascoverzekering met aansprakelijkheidsdekking voor door de duwbak veroorzaakte schade bij Delta Lloyd Schadeverzekering N.V., Sompo Japan Nipponkoa Nederland B.V., [B] B.V., Amlin Europe N.V., Allianz Nederland Schadeverzekering N.V. en HDI-Gerling Verzekeringen N.V. (hierna: de verzekeraars). De verzekeraars waren in de procedure in feitelijke instanties betrokken. In deze cassatie zijn zij geen partij. Voor de polisvoorwaarden verwijst ik kortheidshalve naar rov. 2.2-2.6 van het in cassatie bestreden arrest van het Hof Amsterdam van 15 november 2016.

1.4

In de Algemene Duwconditiën 1988 is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

"(...)

Art. 1 – Voor rekening van de eigenaar van de duwbak, of – zo deze het contract niet heeft gesloten noch daartoe is toegetreten – van de contractant, is alle schade anders dan terzake van de dood of letsel van personen, die het gevolg zijn van schuld of nalatigheid van de bemanning van de duwboot, en/of van personeel in dienst van de duwbootexploitant en/of van personeel door de duwbakexploitant of zijn tussenkomst geleverd om dienst te doen aan boord van duwbakken.

(...)

Art. 5 (...)

c. De aansprakelijkheid van de duwboot zal ook buiten het geval van art. 944 van het Wetboek van Koophandel nimmer de volgens dit artikel bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde bedragen te boven gaan. (...)"

1.5

Op 23 juni 1993 is de splijtbak gekapseisd, tijdens het laden met nat spuitend zand bij IJmuiden. Na aanleiding daarvan heeft [verweerster] intern de afspraak gemaakt dat bij vervoer van nat zand door de splijtbak, zonder de balken in de dennenboom^[3] gevaren moet worden. Na 23 juni 1993 is de splijtbak niet meer gebruikt om nat zand te vervoeren tot 5 juli 1994.

1.6

Op 5 juli 1994 is de splijtbak in de Zuiderluis te IJmuiden na een aanraking met de sluiswand gekapseisd. De splijtbak werd op dat moment, in opdracht van [verweerster], voortgestuwd door duwsleepboot 'Arcturus', ^[4] in eigendom van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). Als gevolg van het kapseizen van de splijtbak is de Arcturus ook gekapseisd. In de sluis bevond zich verder de duwcombinatie 'Coby/Horn IV'. Deze is als gevolg van het kapseizen van de splijtbak eveneens gekapseisd.

1.7

Bij beschikking van 18 juli 1995 heeft de rechtbank Amsterdam voorlopig vastgesteld^[5] dat [verweerster] haar aansprakelijkheid mag beperken tot 100.000 rekeneenheden op de voet van art. 951a en 951f Wetboek van Koophandel (hierna: WvK) (oud). Vervolgens is er, voor zover hier van belang, een beperkingsfonds gesteld waarin de rechtsvoorgangster van beursmakelaar Aon een bedrag van f 293.730,00 (€ 133.288,86) heeft gestort, nadat dit bedrag door de verzekeraars aan Aon was overgemaakt.

1.8

[Betrokkene 1] en (de eigenaren van de) Coby/Horn IV hebben zich op het standpunt gesteld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid niet mocht beperken. Daarop zijn deze benadeelden naar de renvooiprocedure verwezen.

1.9

Bij vonnissen van 26 november 2003 en 12 mei 2004 (zaak-/rolnummer 238523/H 02.0459, hierna: 'de [betrokkene 1]-procedure') heeft de rechtbank Amsterdam in de door [betrokkene 1] aangespannen renvooprocedure geoordeeld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid niet mocht beperken op de voet van art. 951a WvK (oud). Bij vonnis van 13 april 2005 heeft de rechtbank Amsterdam in de door (de eigenaren van de) Coby/Horn IV aangespannen procedure gelijkluidend geoordeeld (zaak-/rolnummer 267967/H 03.1560, hierna: 'de Coby/Horn-procedure').

1.10

[Verweerster] heeft hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van de rechtbank van 26 november 2003 en van 12 mei 2004^[6] in de [betrokkene 1]-procedure. Bij arrest van 22 mei 2008 van het Hof Amsterdam (zaak-/rolnummer 106.001.723/01/1350/04, hierna ook: 'het hofarrest') zijn de door [verweerster] voorgestelde grieven verworpen en zijn de vonnissen van de rechtbank van 26 november 2003 en van 12 mei 2004 bekrachtigd.

1.11

In het hofarrest is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

"(...)

4.4.14

In het kader van genoemd onderzoek heeft de politie [betrokkene 2], als hoofd materieel in dienst bij [verweerster] [verweerster], A-G], op 17 mei 1995 als verdachte gehoord. [Betrokkene 2] geldt als 'alter ego' van [verweerster]. Hij heeft onder meer het volgende verklaard:

'In 1993 is de splijtbak (...) omgeslagen (...) Dit gebeurde tijdens het laden van zand (...) Na dat ongeval heb ik de conclusie getrokken dat door een lading nat zand de [splijtbak] instabiel werd. Tijdens het ongeval in 1993 is mij niet duidelijk geworden of de instabiliteit (...) te wijten was aan de splijtbak of aan het over de ijkmerke^[7] laden van de splijtbak. Ik ben ervan uitgegaan dat dit laatste het geval was. (...)

(...)

4.4.17

[betrokkene 3], directeur van de moedervenootschap van [verweerster] heeft tijdens het pleidooi in eerste aanleg op 30 september 2003 onder meer verklaard:

'(...) U vraagt mij waarom er na het ongeval in 1993 geen onderzoek is geweest naar de stabiliteit van de splijtbak. Wij wisten niet wat de oorzaak van het kapseizen was geweest; dat was de verantwoordelijkheid van ons hoofd materieel, [betrokkene 2]; wij lieten dit onderwerp aan hem over.'

4.5

Gelet op bovengenoemde feiten en omstandigheden, zoals blijkend uit de aangehaalde verklaringen, in onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat [verweerster] zich bewust moet zijn geweest van het zeer aanzienlijke gevaar van kapseizen dat zij op 5 juli 1994 door het (doen) laden van de splijtbak met nat spuitzand in het leven riep, en zich hierdoor desondanks niet van dat gedrag heeft laten weerhouden. (...)

4.5.2

Het hof is van oordeel dat, na het kapseizen van de splijtbak op 23 juni 1993, mede gelet op de zeer gevaarlijke situatie die door het kapseizen ontstaat, het op de weg van [verweerster] had gelegen alvorens weer nat spuitzand met de splijtbak te (doen) vervoeren, berekeningen te (laten) maken met betrekking tot de (dynamische) stabiliteit van de splijtbak. Door zonder dergelijke berekeningen na het ongeval op 23 juni 1993 toch nat spuitzand met de splijtbak te blijven vervoeren, heeft [verweerster], gezien het hiervoor overwogene willens en wetens het risico genomen dat door het opnieuw kapseizen van de splijtbak weer schade zou ontstaan. Het ongeval is derhalve te wijten aan bewust roekeloos handelen van [verweerster] in de zin van artikel 740eK (oud).^[8] Bijgevolg is [verweerster] niet gerechtigd haar aansprakelijkheid op de voet van artikel 951eK (oud) juncto artikel 320a e.v. Rv (oud) te beperken."

1.12

[Verweerster] heeft de advocaten opdracht gegeven cassatie in te stellen tegen het hofarrest. Door de advocaten is een cassatiedagvaarding uitgebracht, maar zij hebben over het hoofd gezien dat een verkorte cassatietermijn van toepassing was. Als gevolg daarvan is het cassatieberoep te laat ingesteld. Het niet tijdig ingestelde cassatieberoep is vervolgens namens [verweerster] ingetrokken. In de Coby/Horn-procedure had [verweerster] ook hoger beroep ingesteld, maar in afwachting van de uitkomst in de [betrokkene 1]-procedure is die procedure op de parkeerrol gezet.

1.13

[Verweerster] heeft vervolgens zowel met [betrokkene 1] als met (de eigenaren van de) Coby/Horn IV

vaststellingsovereenkomsten gesloten die uitgaan van een schikking met [betrokkene 1] voor € 565.000 en met (de eigenaren van) de Coby/Horn IV voor € 474.000.

2. Procesverloop

2.1

Het procesverloop kan worden weergegeven als volgt.[\[9.\]](#)

Procesverloop in eerste aanleg

2.2

[Verweerster] heeft in november 2012 de advocaten en de verzekeraars gedagvaard. Deze cassatie ziet uitsluitend op de procedure tussen [verweerster] en de advocaten. De procedure tussen [verweerster] en de verzekeraars is echter wel van belang, onder meer omdat door [verweerster] van de advocaten vergoeding is gevraagd van het gedeelte van de schade dat niet door de verzekeraars moet worden vergoed. Daarom komt de procedure tegen de verzekeraars in deze weergave van het procesverloop zijdelings aan bod.

2.3

[Verweerster] heeft onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de advocaten bij de behandeling van de [betrokkene 1]-procedure beroepsfouten hebben gemaakt. Zij heeft verder bij wijze van schadevergoeding betaling gevorderd van € 1.039.000, zijnde de som van de bedragen die zij aan [betrokkene 1] en de eigenaren van Coby/Horn heeft voldaan, met rente, voor zover deze bedragen niet door de verzekeraars worden vergoed. Voorts heeft [verweerster] vergoeding gevorderd van advocaatkosten.

2.4

[Verweerster] heeft aan haar vordering het volgende ten grondslag gelegd. De advocaten hebben een beroepsfout gemaakt, doordat zij de cassatietermijn in de [betrokkene 1]-procedure hebben laten verstrijken. Als een gevolg daarvan is het hofarrest onbedoeld in kracht van gewijsde gegaan en is rechtens vast komen te staan dat [verweerster] onbeperkt aansprakelijk is voor de schade van [betrokkene 1]. Indien wel tijdig cassatie was ingesteld, had het hofarrest geen stand gehouden, aldus [verweerster].

2.5

In de onderliggende zaak ging het kort gezegd om de vraag of de aansprakelijkheid van [verweerster] in de verhouding met [betrokkene 1] beperkt was. Dat is niet het geval wanneer sprake is van 'bewuste roekeloosheid' aan de zijde van [verweerster]. In dat verband rijst de vraag hoe dat begrip moet worden uitgelegd. Hierbij komen de arresten van Uw Raad van 5 januari 2001 (*NJ* 2001/391 en 392) (hierna ook: de '5 januari-arresten') in beeld. Volgens [verweerster] is in het hofarrest niet een juiste toepassing gegeven aan de in de 5 januari-arresten verwoorde uitgangspunten. Het hof is voorbijgegaan aan de maatstaf van bewuste roekeloosheid op grond waarvan alleen dan geen beroep op de beperking van de aansprakelijkheidslimiet kan worden gedaan indien de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren en degene die handelt of nalaat zich hiervan bewust is. Ten tijde van het wijzen van het hofarrest was de vraag of dit criterium kon worden omzeild door de kans op het intreden van het gevaar en de bewustheid daarvan uit de omstandigheden van het geval af te leiden. Uit het arrest van Uw Raad van 10 augustus 2012 (*NJ* 2012/652) zou echter blijken dat dit niet het geval is (waarmee Uw Raad volgens [verweerster] dus de stringente lijn uit de 5 januari-arresten zou hebben bevestigd). Er dient telkens te worden vastgesteld dat de kans op het intreden van het gevaar groter is dan de kans dat dit niet zal intreden, aldus [verweerster].

2.6

[Verweerster] verwijt de advocaten eveneens dat zij niet hebben gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat [betrokkene 2] moet worden aangemerkt als 'alter ego' van [verweerster] en dat zijn handelen en nalaten kan worden toegerekend aan [verweerster] (hierna ook: 'het verwijt over de ontbrekende grief').

2.7

De schade die [verweerster] stelt te hebben geleden, bestaat uit de schadevergoedingen die zij stelt te hebben voldaan aan [betrokkene 1] en aan (de eigenaren van) de Coby/Horn IV en uit de kosten van rechtsbijstand. De kosten van rechtsbijstand komen op grond van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW voor rekening van de advocaten. Op grond van artikel 6:96 lid 2 sub a BW komen de kosten die [verweerster] heeft gemaakt bij de schikkingsonderhandelingen met [betrokkene 1] en Coby/Horn IV eveneens voor rekening van de advocaten. Hetzelfde geldt voor de kosten die [verweerster] heeft gemaakt bij de onderhandelingen met en in de procedure tegen de verzekeraars. Aangezien er nog kosten worden gemaakt in de procedure tegen de verzekeraars, vordert [verweerster] een verwijzing naar de schadestaat ter begroting van de

advocaatkosten.

2.8

De advocaten hebben verweer gevoerd. Zij betwisten dat er enig causaal verband bestaat tussen het niet tijdig instellen van cassatieberoep in de [betrokkene 1]-procedure en het verloop van de *Coby/Horn-procedure*. De advocaten hebben erkend dat het laten verstrijken van de cassatietermijn in de [betrokkene 1]-procedure een beroepsfout was (hierna: de beroepsfout). Zij betwisten echter dat deze beroepsfout tot schade heeft geleid. Volgens de advocaten zou de Hoge Raad het hofarrest in stand hebben gehouden, indien wel tijdig cassatie was ingesteld.

2.9

Verder voeren de advocaten onder meer aan dat [verweerster] onvoldoende heeft toegelicht op grond waarvan de Hoge Raad en vervolgens het verwijzingshof anders zouden hebben geoordeeld dan het Hof Amsterdam in het hofarrest.

2.10

De advocaten hebben ook aangevoerd dat op het bedrag waarvoor zij aansprakelijk zouden kunnen zijn, het door de verzekeraars gestorte beperkingsbedrag van € 133.288,86 in mindering dient te worden gebracht. Tevens hebben de advocaten betoogd dat ook in het geval de beroepsfout niet zou zijn gemaakt, [verweerster] de zaak met [betrokkene 1] zou hebben geschikt. Zij hebben voorts betoogd dat [verweerster] zich (mogelijk) onvoldoende heeft ingespannen om de hoogte van de schade te beperken, zodat een deel van de schade op grond van art. 6:101 BW voor haar rekening dient te blijven. De advocaten hebben verder bepleit dat de ontvangen (wettelijke) rente over het in het beperkingsfonds gestorte bedrag op de schade in mindering dient te worden gebracht. Hetzelfde zou gelden voor de kosten die [verweerster] zich heeft kunnen besparen, doordat niet is doorgeprocedeerd in cassatie en voor het verwijzingshof. Ten slotte hebben de advocaten betwist dat het schikkingsbedrag van € 565.000 aan [betrokkene 1] is voldaan.

2.11

Met betrekking tot de gevorderde advocaatkosten hebben de advocaten het verweer gevoerd dat [verweerster] niet heeft voldaan aan de vereisten om vergoeding van buitengerechtelijke kosten te verkrijgen. Volgens de advocaten staan de kosten die door [verweerster] zijn gemaakt om met [betrokkene 1] te onderhandelen niet in causaal verband met de beroepsfout. Ten slotte hebben de advocaten aangevoerd dat de € 175.000 die [verweerster] heeft ontvangen van de verzekeraars op de advocaatkosten in mindering dient te worden gebracht.

Het eindvonnis

2.12

Op 28 mei 2014 heeft de rechtbank Amsterdam eindvonnis gewezen. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de advocaten bij de behandeling van de [betrokkene 1]-procedure een beroepsfout hebben gemaakt door de cassatietermijn te laten verstrijken. De rechtbank heeft de advocaten hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van € 59.098,90 te vermeerderen met wettelijke rente. De rechtbank heeft verder bepaald dat op dat toegewezen bedrag in mindering wordt gebracht het bedrag dat [verweerster] aan rente heeft ontvangen over het door de verzekeraars in depot gestorte bedrag ten behoeve van [betrokkene 1] en heeft de advocaten veroordeeld in de proceskosten. De vorderingen tegen de verzekeraars zijn afgewezen. De overwegingen in de zaak tussen [verweerster] en de advocaten kunnen als volgt worden samengevat.

2.13

In rov. 5.2. heeft de rechtbank overwogen dat [verweerster] de mogelijkheid had om de *Coby/Horn procedure* voort te zetten, maar ervoor heeft gekozen om deze procedure te schikken. De gevolgen van die keuze kunnen naar het oordeel van de rechtbank niet aan de beroepsfout worden toegerekend. Met betrekking tot de [betrokkene 1]-procedure heeft de rechtbank als volgt overwogen. De rechtbank heeft in rov. 5.4. geoordeeld dat het verwijt over de ontbrekende grief de vordering van [verweerster] niet kan dragen. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat uit de verklaringen van [betrokkene 2] en de directeur van de moederverenootschap van [verweerster] afdoende blijkt dat de verantwoordelijkheid voor de splijtbak was overgelaten aan [betrokkene 2]. Gelet daarop valt naar het oordeel van de rechtbank zonder toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat de procedure gunstiger voor [verweerster] zou zijn uitgevallen indien de advocaten hadden gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat [betrokkene 2]'s handelen en nalaten aan [verweerster] kan worden toegerekend (rov. 5.4.).

2.14

De rechtbank heeft vervolgens onderzocht hoe in cassatie zou zijn geoordeeld indien het cassatieberoep in de [betrokkene 1]-zaak tijdig zou zijn ingesteld. De rechtbank heeft de kans op een vernietiging door Uw Raad geschat op 60% en heeft daartoe als volgt overwogen:

“5.9.

De rechtbank is van oordeel dat in het hofarrest aldus onvoldoende blijkt is gegeven van een juiste toepassing van de door de Hoge Raad gehanteerde uitgangspunten. ‘Bewustheid van het gevaar van kapseizen’ of van ‘het zeer aanzienlijke gevaar van kapseizen’, is immers (nog) niet hetzelfde als de vaststelling dat de kans dat het gevaar van kapseizen zich zal voordoen *aanzienlijk groter* is dan dat dit zich niet zal voordoen en dat [verweerster] [[verweerster], A-G] zich van die aanzienlijk grotere kans bewust was.

5.10.

De rechtbank acht het daarom mogelijk dat de Hoge Raad het hofarrest zou hebben vernietigd wegens schending van het recht.

Ook mogelijk is dat, zoals de advocaten hebben aangevoerd, de Hoge Raad het hofarrest niet zou hebben vernietigd, nu het hof het juiste criterium op zichzelf wel met zoveel woorden voor ogen heeft gehad bij de weergave van grief 3 (r.o. 4.3) en vervolgens heeft geoordeeld dat grief 3 niet slaagt. Niet kan worden uitgesloten dat de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat er een “zeer aanzienlijk gevaar van kapseizen” bestond, zo had begrepen dat het hof daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat de kans op kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans op niet kapseizen.

Nu het hof onvoldoende blijkt heeft gegeven van toepassing van de juiste uitgangspunten, acht de rechtbank de kans dat de Hoge Raad het hofarrest zou hebben vernietigd groter dan dat hij dit in stand zou hebben gehouden. De rechtbank schat de kans op vernietiging van het hofarrest op 60%.”

2.15

De rechtbank heeft daarna beoordeeld hoe groot de kans zou zijn geweest dat het verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat [verweerster] zich op de aansprakelijkheidsbeperking mocht beroepen. De rechtbank heeft de kans dat het verwijzingshof tot het oordeel zou zijn gekomen dat [verweerster] haar aansprakelijkheid *niet* mocht beperken op 80% geschat. De rechtbank motiveert die schatting als volgt:

“5.12.

De rechtbank acht de kans dat het verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid had mogen beperken klein.

Op grond van de beschikbare stukken, waartoe de rechtbank verwijst naar r.o. 4.4 - 4.4.17 van het hofarrest, gaat de rechtbank ervan uit dat een verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat [verweerster], naar aanleiding van het kapseizen op 23 juni 1993, moet hebben geweten dat [de oorzaak van] het kapseizen twee mogelijke oorzaken kon hebben (1) teveel laden of (2) inherente instabiliteit van de splijtbak. De rechtbank gaat er verder vanuit dat een verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat het zo goed als zeker is dat de splijtbak opnieuw zou kapseizen indien deze inherent instabiel is. [Verweerster] – op dat moment vertegenwoordigd door haar hoofd materieel [betrokkene 2] – heeft er echter voor ‘gekozen’ om de splijtbak op 5 juli 2004 [bedoeld wordt: 1994, A-G] opnieuw met nat spuitzand te beladen in de kennelijke veronderstelling dat de oorzaak van het kapseizen op 23 juni 1993 met het laden te maken had, terwijl zij wist dat de oorzaak ook de inherente instabiliteit van de splijtbak kon zijn. In ieder geval heeft [verweerster] de mogelijkheid dat het kapseizen een gevolg was van inherente instabiliteit niet of onvoldoende uitgesloten, waardoor zij een gevaarlijke situatie heeft laten voortduren. De rechtbank acht het voorts waarschijnlijk dat een verwijzingshof op grond van het voorgaande kennis van het gevaar van kapseizen bij [verweerster] had aangenomen en acht het onwaarschijnlijk dat een verwijzingshof het gedrag van [verweerster] niet als roekeloos had gekwalificeerd.

De rechtbank acht het verder waarschijnlijk dat een verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat de kans op kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans op niet kapseizen. Daarbij gaat de rechtbank ervan uit dat bij de bepaling van de kans dient te worden gekeken naar het ‘voortdurende gebruik’ van de duwbak in plaats van de kans per vaart, zoals ook de advocaten hebben betoogd. Daarom komt eveneens grote betekenis toe aan het feit dat de duwbak in 1993 al eens was gekapseisd. De rechtbank acht het waarschijnlijk dat een verwijzingshof in dit feit een belangrijk aanknopingspunt zou hebben gezien voor het oordeel dat de kans op kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren en dat [verweerster], in de persoon van [betrokkene 2], zich daarvan bewust moet zijn geweest, maar zich daardoor niet heeft laten weerhouden.

Niettemin valt niet uit te sluiten dat een verwijzingshof had geoordeeld dat aan de (strengere) uitgangspunten als verwoord in de rechtspraak van de Hoge Raad om tot doorbreking van de wettelijke aansprakelijkheidslimiet te kunnen overgaan, niet was voldaan. Zo is niet uit te sluiten dat een verwijzingshof had geoordeeld dat er geen kennis van het gevaar aanwezig was bij [verweerster], bijvoorbeeld omdat zij minder gewicht zou hebben toegekend aan de verklaring van [betrokkene 2], of omdat zij de veronderstelling van [verweerster] dat het kapseizen vooral te maken had met de omvang van de lading plausibel had geacht.

Evenmin kan worden uitgesloten dat een verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat niet kon worden vastgesteld dat de kans op kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans op niet kapseizen, of zelfs dat het tegenovergestelde zou zijn komen vast te staan – waarbij de rechtbank opmerkt dat niet aanstonds duidelijk is wat de Hoge Raad met ‘aanzienlijk groter’

heeft bedoeld en daarover in de literatuur ook verschillend wordt gedacht.

Al met al schat de rechtbank de kans dat het verwijzingshof tot het oordeel zou zijn gekomen dat [verweerster] haar aansprakelijkheid *niet* mocht beperken, op 80%.”

2.16

De rechtbank is aldus tot het oordeel gekomen dat er een kans van 60% was op een succesvolle cassatie en een kans van 20% op een beslissing in het voordeel van [verweerster] in de verwijzingsprocedure. Dit betekent volgens de rechtbank dat [verweerster] maximaal 12% van haar schade op de advocaten zou kunnen verhalen (rov. 5.13.). Het in het beperkingsfonds gestorte bedrag ad € 133.288,86 komt naar het oordeel van de rechtbank in mindering voor zover dat aan de [betrokkene 1]-procedure kan worden toegerekend. De rechtbank komt op basis van de schikkingsbedragen tot het oordeel dat het hier gaat om 54,4%, zijnde een bedrag van € 72.509,14 (rov. 5.14.). Dit betekent dat de advocaten hoogstens kunnen worden veroordeeld in vergoeding van de schade ten bedrage van 12% van (€ 565.000 minus € 72.509,14) = € 59.098,90 (rov. 5.15.).

2.17

De theoretische mogelijkheid dat [verweerster] de zaak met [betrokkene 1] ook in het hypothetische geval zonder de beroepsfout zou hebben geschikt, vormt naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende aanleiding om bedragen op de door [verweerster] gevorderde schadevergoeding in mindering te brengen (rov. 5.17.). Het verweer van de advocaten in het kader van art. 6:101 BW dat een lager schikkingsbedrag mogelijk zou zijn geweest, acht de rechtbank te weinig concreet onderbouwd (rov. 5.19.). [Verweerster] heeft niet gemotiveerd betwist dat eventueel ontvangen rente over het in het beperkingsfonds gestorte bedrag op de schade in mindering dient te worden gebracht, daarom honoreert de rechtbank dit verweer zoals in het dictum is vermeld (rov. 5.21.).

2.18

Over de gevorderde advocaatkosten heeft de rechtbank geoordeeld als volgt. De advocaatkosten in de onderhavige procedure worden vergoed door middel van het systeem van forfaitaire proceskostenvergoeding (rov. 5.23.). De gevorderde buitengerechtelijke advocaatkosten acht de rechtbank onvoldoende onderbouwd (rov. 5.25.). Aangenomen kan worden dat de noodzaak om met [betrokkene 1] een schikking te bereiken ontstond toen het hofarrest onbedoeld onherroepelijk werd. De advocaatkosten die [verweerster] heeft gemaakt om met [betrokkene 1] een schikking te bereiken, mag [verweerster] daarom op de advocaten afwentelen (rov. 5.26.). Aangezien is geoordeeld dat er geen causaal verband bestaat tussen de beroepsfout en de uitkomst van de *Coby/Horn-procedure*, komen de kosten die [verweerster] heeft gemaakt om in de *Coby/Horn-procedure* een schikking te bereiken niet voor vergoeding in aanmerking (rov. 5.27.). Het verweer van de advocaten dat de € 175.000 die [verweerster] heeft ontvangen van de verzekeraars op de advocaatkosten in mindering dient te worden gebracht, wordt gehonoreerd, nu [verweerster] dat niet heeft weersproken. Uit de door [verweerster] overgelegde specificaties volgt dat de kosten die zij op dit punt vordert (“t.a.v. [betrokkene 1]”) € 38.735,56 inclusief wettelijke rente bedragen. Nu deze kosten aanzienlijk lager zijn dan de € 175.000 die [verweerster] heeft ontvangen, wordt deze vordering afgewezen (rov. 5.28.). De advocaten zijn veroordeeld in de (forfaitaire) proceskosten (rov. 5.30.). Rov. 5.31.-5.37. betreffen de motivering van de afwijzing van de vorderingen van [verweerster] tegen de verzekeraars.

Procesverloop in hoger beroep

2.19

[Verweerster] is bij dagvaarding van 27 augustus 2014 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 mei 2014 gewezen tussen de rechtsvoorgangster van [verweerster] als eiseres en de advocaten en verzekeraars als gedaagden.

2.20

[Verweerster] heeft een memorie van grieven met producties genomen. Zij heeft hierbij geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en uitvoerbaar bij voorraad – haar vorderingen zal toewijzen, met dien verstande dat de gevorderde bedragen zijn verhoogd tot € 1.252.699,15, met een beslissing over de proceskosten.

2.21

Grievens 1 tot en met 9 van [verweerster] hebben betrekking op de zaak tegen de advocaten. Met grief 1 beoogt [verweerster] het geschil met de advocaten in volle omvang aan het hof voor te leggen. Grief 2 richt zich specifiek op de afwijzing van de vordering betrekking hebbend op de *Coby/Horn-procedure*. Met grief 3 klaagt [verweerster] over de verwerping van het verwijt over de ontbrekende grief. Grief 4 en 5 zien op de inschatting van de rechtbank van de kans op succes van de procedure als het cassatieberoep tijdig zou zijn ingesteld. Grief 6 ziet op het in mindering brengen van het in het fonds gestorte beperkingsbedrag op de schadevergoeding. Grievens 7, 8 en 9 betreffen de gevorderde advocaatkosten, buitengerechtelijke kosten en wettelijke rente.^[10] Grievens 10 tot en met 13 hebben betrekking op de zaak tegen de

verzekeraars.

2.22

De advocaten hebben een memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel, met producties, ingediend. Zij hebben geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het principaal appel, en in het incidenteel appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de vorderingen van [verweerster] alsnog integraal zal afwijzen, met – zowel in principaal als in incidenteel appel, uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van [verweerster] in de proceskosten in beide instanties, alsmede tot terugbetaling van al hetgeen door de advocaten op grond van het bestreden vonnis is betaald.

2.23

De advocaten hebben in het incidenteel appel drie grieven geformuleerd. Met grief 1 klagen zij over het feit dat de rechtbank, in plaats van een concrete schadebegroting, een kansberekening heeft toegepast bij de beoordeling van de schade. Met grief 2 klagen zij, net als [verweerster], over de inschatting van de kans op succes in cassatie als het cassatieberoep tijdig was ingesteld; zij menen dat de rechtbank die kans te positief heeft beoordeeld. Grief 3 betoogt dat de kans op succes zo klein was dat dit in de onderhavige zaak tot afwijzing van de gevorderde schadevergoeding moet leiden.

2.24

De verzekeraars hebben eveneens een memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel, met producties, ingediend. [Verweerster] heeft een memorie van antwoord in incidenteel appel met productie genomen. Zij heeft haar petitum in appel aangevuld met de subsidiaire vordering om voor recht te verklaren dat de gelden in het beperkingsfonds tot het vermogen van [verweerster] behoren althans materieel aan haar toebehoren (randnummer 18.). Partijen hebben de zaak ter zitting van 23 november 2015 doen bepleiten. Alle partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

Het bestreden arrest

2.25

Bij arrest van 15 november 2016 heeft het Hof Amsterdam het bestreden vonnis vernietigd voor zover het de rechtsoverwegingen 6.2., 6.3., 6.5., 6.6. en 6.7. betreft. Het hof heeft, opnieuw rechtdoende, de advocaten gezamenlijk veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van een bedrag van € 565.000 te vermeerderen met wettelijke rente. De verzekeraars zijn veroordeeld om, elk naar rato van hun aandeel op de polis, € 133.288,86 aan [verweerster] te betalen. Dit door de verzekeraars te betalen bedrag betreft de aansprakelijkheidslimiet ex art. 951f WvK (oud) met betrekking tot de zaak *Coby/Horn* (rov. 3.56 en 3.59). De overwegingen in de zaak tussen [verweerster] en de advocaten kunnen als volgt worden weergegeven.

2.26

Het hof heeft eerst onderzocht of het ontbreken van een grief tegen de vaststelling dat [betrokkene 2] kan worden beschouwd als alter ego van [verweerster] is aan te merken als een beroepsfout. Het hof heeft overwogen dat het ontbreken van deze grief in beginsel als een beroepsfout is te kwalificeren. Het hof is evenwel van oordeel dat [verweerster] onvoldoende heeft toegelicht dat, wanneer in het appel in de onderliggende zaak tot het door [verweerster] gewenste oordeel met betrekking tot de rol van [betrokkene 2] zou zijn gekomen, niet zou zijn geconcludeerd dat sprake was van bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vennootschap. Het hof heeft in dat verband van belang geacht dat de verweten gedraging vooral een nalaten betreft. Hieruit volgt dat grief 3 faalt. Het hof overweegt:

“3.11

Het hof stelt voorop dat de kernvraag in de renvooiprocedures was of sprake was van bewuste roekeloosheid van de verzekerde, die vereist is om tot doorbreking van de, als uitgangspunt bij wet voorziene, aansprakelijkheidsbeperking te kunnen concluderen. Daarvoor diende de rechter het handelen van [verweerster] te toetsen aan het criterium zoals dat door de Hoge Raad is geformuleerd. De vraag welk handelen als het handelen van [verweerster] kan worden aangemerkt is daarbij vanzelfsprekend van cruciaal belang. In zoverre is de vraag of het handelen van [betrokkene 2] in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als het handelen van [verweerster] een centrale vraag in deze procedure. Met [verweerster] constateert het hof dat het handelen van [betrokkene 2] bepalend is geweest voor het oordeel van zowel de rechtbank als het hof. Anders dan de advocaten is het hof dan ook van oordeel dat het in beginsel als een beroepsfout te kwalificeren is dat in hoger beroep niet gegriefd is tegen bovengenoemde vaststelling van de rechtbank. Dat [verweerster] de advocaten hierop niet tijdens de [betrokkene 1-procedure] zou hebben gewezen, kan hen niet baten. Blijkens het verweer dat op dit punt is gevoerd in eerste aanleg, is immers het onderwerp wel degelijk aan de orde gesteld. Gelet op het belang van dit punt had het bovendien op de weg van de advocaten gelegen eigener beweging te adviseren om op dit punt een grief te formuleren.

Voor de vraag of schade is voortgevloeid uit deze fout, moet beoordeeld worden wat de situatie zou zijn geweest als de fout wordt weggedacht.

3.12

Het hof had, in geval een dergelijke grief was geformuleerd, niet zonder meer de overweging van de rechtbank kunnen overnemen. Niet vaststaat echter dat het hof [verweerster] in dat geval tot bewijslevering had toegelaten, zoals [verweerster] betoogt. Immers, [verweerster] heeft niet concreet gemaakt welke feitelijkheden zij had willen bewijzen. De feiten die zij in eerste aanleg aan haar stelling ten grondslag had gelegd, te weten het feit dat [betrokkene 2] niet in dienst was van [verweerster] en bovendien slechts Hoofd Materieel was, zijn als zodanig niet betwist, terwijl [verweerster] evenmin de feiten heeft betwist die de rechtbank aan haar oordeel ten grondslag heeft gelegd (weergegeven onder 5.4 van het bestreden vonnis). Derhalve komt het aan op de conclusie die het hof aan die vaststaande feiten zou hebben verbonden. Echter, zelfs al zou het hof tot de door [verweerster] gewenste conclusie zijn gekomen met betrekking tot de rol van [betrokkene 2] staat daarmee bepaald niet vast, zoals [verweerster] betoogt, dat het hof *niet* had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vennootschap. [Verweerster] heeft dit betoog niet nader toegelicht. Met name heeft zij niet gesteld wat zij daartoe in hoger beroep zou hebben aangevoerd. Dit lag wel op haar weg, temeer nu de verweten gedraging feitelijk vooral een nalaten betreft. Op grond van de door [verweerster] gestelde feiten kan dan ook niet worden geconcludeerd dat deze beroepsfout tot schade heeft geleid.”

2.27

Vervolgens heeft het hof beoordeeld wat de gevolgen zijn geweest van het laten verstrijken van de cassatietermijn. Het hof heeft vooropgesteld dat in dat kader, gezien het *Baijings/Mr. H-arrest*,^[11] moet worden beoordeeld hoe de Hoge Raad had behoren te beslissen, en in geval van verwijzing, hoe het verwijzingshof had behoren te beslissen. Althans moet het toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van goede en kwade kansen die [verweerster] zou hebben gehad in cassatie, en eventueel in de verwijzingsprocedure, als het cassatieberoep tijdig zou zijn ingesteld (rov. 3.13).

2.28

De advocaten hebben naar het oordeel van het hof in het incidenteel appel terecht betoogd dat de schadebegroting zo concreet mogelijk dient te geschieden (rov. 3.14). Voor de vraag wat de cassatieprocedure zou hebben opgeleverd, gaat het hof aldus uit van de cassatiedagvaarding zoals die daadwerkelijk is uitgebracht (rov. 3.15). Daarin heeft [verweerster] als klacht vermeld dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting inzake, althans van een ontoereikend gemotiveerde toepassing van, het criterium ‘roekeloos en met de wetenschap, dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’, zoals bedoeld in art. 951e WvK (oud) (sinds 1 januari 1997 art. 8:1064 BW). Zij stelt dat het hof zowel de drempel van het zogenoemde objectieve deelcriterium heeft miskend als het zogenoemde subjectieve deelcriterium. Bovendien is minst genomen onjuist althans onvoldoende gemotiveerd dat het hof het (tegen)bewijsaanbod van [verweerster] heeft gepasseerd, aldus [verweerster] (rov. 3.15). De advocaten hebben – kort samengevat – betoogd dat het cassatieberoep een verwaarloosbaar kleine kans van slagen zou hebben gehad (rov. 3.16).

2.29

Het hof heeft vooropgesteld dat van een doorbreking van de beperking van de aansprakelijkheid slechts sprake kan zijn indien bewezen is dat de schade is ontstaan door eigen handelen of nalaten van [verweerster] geschied met het opzet om de schade te veroorzaken hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien. Het hof heeft geoordeeld dat van dergelijke bewuste roekeloosheid sprake is als degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. Het hof heeft in dat verband overwogen:

“3.17

De [betrokkene 1-procedure] draaide om de vraag of de beperking van de aansprakelijkheid van [verweerster] doorbroken zou moeten worden in verband met bewuste roekeloosheid. Van een dergelijke doorbreking kan pas sprake zijn indien bewezen is dat de schade is ontstaan door eigen handelen of nalaten van [verweerster], geschied hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien. Ten tijde van het instellen van het cassatieberoep waren de zogenaamde 5 januari-arresten (*NJ* 2001, 391 en *NJ* 2001, 392) reeds gewezen. Volgens deze jurisprudentie is van een dergelijke bewuste roekeloosheid sprake als degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden.”

2.30

In rov. 3.18 heeft het hof passages geciteerd uit rov. 4.5 en 4.5.2 van het hofarrest in de onderliggende procedure. Deze passages zijn terug te lezen in randnummer 1.11 van deze conclusie. Het hof heeft voorts rov. 4.4 van het arrest in de onderliggende procedure aangehaald, waarin als volgt is overwogen:

“Voor bewuste roekeloosheid is bewustheid van het gevaar van kapseizen bij [verweerster] vereist. Voor het bewijs van die bewustheid kan worden volstaan met het stellen (en zonodig bewijzen) van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid kan worden afgeleid. (...)”

2.31

Naar het oordeel van het hof had Uw Raad tot cassatie behoren over te gaan, omdat uit de motivering van het hof niet blijkt dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Het hof heeft daartoe als volgt overwogen:

“3.19

Naar het oordeel van het hof kan uit bovengenoemde overwegingen niet worden afgeleid dat het hof in het [betrokkene 1]-arrest het in de jurisprudentie ontwikkelde criterium voor bewuste roekeloosheid heeft gehanteerd. Immers, het enkele gebruik van de woorden ‘gevaar’ en zelfs ‘het zeer aanzienlijke gevaar’ wijzen er niet op dat het hof daarbij voor ogen had dat sprake moest zijn van een kans dat dit gevaar zich zou verwezenlijken die aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Dat het hof hier vanuit is gegaan volgt ook niet uit de overweging dat ‘willens en wetens het risico is genomen dat weer schade zou ontstaan’.

3.20

Het hof is dan ook van oordeel dat de Hoge Raad tot het oordeel had behoren te komen dat sprake was van schending van het recht door het niet toepassen van het juiste criterium, althans dat het hof zijn oordeel, dat sprake is geweest van de vereiste bewuste roekeloosheid, onvoldoende had gemotiveerd. Immers, uit de motivering van het hof blijkt niet dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. De Hoge Raad had dan ook tot cassatie behoren over te gaan.”

2.32

Naar het oordeel van het hof zou Uw Raad de zaak vanwege de verwevenheid met de feiten naar een verwijzingshof hebben verwezen (rov. 3.21). Aldus had het verwijzingshof moeten beoordelen of aan het criterium ‘bewuste roekeloosheid’ is voldaan. Naar het oordeel van het hof zou een dergelijke beoordeling tot een ontkennende beantwoording van die vraag hebben geleid (rov. 3.21). In rov. 3.22-3.26 heeft het hof dat oordeel als volgt gemotiveerd:

“3.22

Na het voorval op 23 juni 1993 heeft er een onderzoek plaatsgevonden door de politie, en voorts heeft expertisebureau Velthuisen een onderzoek verricht. Op 3 juni 1994 heeft de Scheepvaartinspectie de bak goedgekeurd op een aantal ondergeschikte punten na, en een voorlopig certificaat afgegeven. Na het onderhavige ongeval op 5 juli 1994 heeft opnieuw een politieonderzoek plaatsgevonden. Ook heeft de Scheepvaartinspectie onderzoek verricht. Hieruit volgt als conclusie dat de exacte oorzaak van het omslaan van de duwbak niet is vast te stellen. Wel is het vrijboord^[12] op grond van de in opdracht van de Scheepvaartinspectie uitgevoerde stabiliteitsberekening vastgesteld op 40 cm in plaats van de eerder vastgestelde 14 cm. In het inspectierapport wordt ook vermeld dat deze splijtbak geen mogelijkheid kent om de lading droog te pompen. “Bij trilling bestaat dus altijd de kans dat zand ‘vloeibaar’ wordt. Waarschijnlijk is de stabiliteit met een volle lading ‘vloeibaar’ zand te gering.”

3.23

Uit deze rapporten blijkt weliswaar waaruit het gevaar bestond, maar niet hoe groot de kans is dat het gevaar zich zou verwezenlijken. Hieruit volgt immers slechts dat de splijtbak door zijn vorm minder stabiel is dan de traditionele onderlosser met U-vormige laadruimte. Bovendien vormt het ontbreken van een pompmogelijkheid een omstandigheid die de instabiliteit vergroot bij lading met nat zand. Niet echter volgt hieruit hoe groot het risico is dat de splijtbak daadwerkelijk zou kapseizen als deze (tot het verlaagde vrijboord) geladen is met nat zand. Ook kan hieruit niet worden afgeleid dat dit risico groter was dan 50%. Uit het feit dat voorafgaande aan het ongeval in 1993 reeds 10 succesvolle vaarten waren voltooid, kan de conclusie worden getrokken dat dit risico in elk geval kleiner dan 100% was.

3.24

Zouden evenwel de advocaten gevolgd moeten worden in hun betoog dat uit de inherente instabiliteit af te leiden zou zijn dat het gevaar zich zeker op enig moment zou verwezenlijken, en daarmee op 100% zijn te bepalen, dan kan uit de vaststaande feiten niet worden afgeleid dat [verweerster] zich daarvan bewust is geweest.

3.25

Daarbij neemt het hof in overweging dat het hier gaat om het subjectieve bewustzijn, dat moet worden afgeleid uit de gegeven feiten en omstandigheden. In dat verband is van belang dat de splijtbak in 1986 is gekocht uit het faillissement van een bedrijf met vergelijkbare bedrijfsactiviteiten en daarna is verbouwd. Na die verbouwing is de splijtbak opnieuw gemeten en goedgekeurd door de Scheepsmetingsdienst. Op 9 juni 1987 is door die instantie een meetbrief afgegeven, waarin een vrijboord van 14 centimeter werd vastgesteld. Op dat moment had [verweerster] dan ook geen reden om enig stabiliteitsprobleem te vermoeden. Na het eerste ongeval in 1993 moet [verweerster] weliswaar bekend worden verondersteld met het gevaar van kapseizen - dat had zich immers verwezenlijkt -, maar destijds is door [betrokkene 2] verklaard dat hij uitging van overbelading als meest waarschijnlijke oorzaak. Dat was ook in overeenstemming met het rapport van expertisebureau Velthuisen, opgemaakt naar aanleiding van dat ongeval, dat als oorzaak overbelading vermeldt. Het onderzoek dat de politie uitvoerde naar aanleiding van het ongeval had geen conclusie ten aanzien van de oorzaak opgeleverd. Ook uit de verklaring van bestuurder [betrokkene 4], zoals afgelegd tegenover de politie, volgt dat deze zich niet bewust is geweest van een inherente instabiliteit. Daarbij komt dat de Scheepvaartinspectie in juni 1994 de bak opnieuw had goedgekeurd en een voorlopig certificaat had afgegeven.

3.26

Uit voormelde feiten en omstandigheden volgt dat [verweerster] ervan uitging dat overbelading de oorzaak was van het kapseizen in 1993 en dat zij zich niet bewust was van een inherente instabiliteit. Dat dat uitgangspunt, achteraf bezien, mogelijk onjuist is geweest doet daaraan niet af. Zelfs als zou kunnen worden betoogd dat zij, bij gebreke van zekerheid over de oorzaak van het kapseizen, onderzoek had moeten laten doen naar mogelijke inherente instabiliteit, kan het feit dat zij dit heeft nagelaten hooguit leiden tot vaststelling van enige mate van schuld.

Uit de zogenoemde 5 januari-arresten blijkt echter dat het aankomt op de daadwerkelijke bewustheid bij degene die de aansprakelijkheidsbeperking inroept; niet op de vraag of deze zich bewust had behoren te zijn van het gevaar. In dit geval leiden bedoelde feiten en omstandigheden niet tot de conclusie dat [verweerster] zich – voorafgaande aan het ongeval in 1994 – bewust is geweest van het feit dat de kans dat de splijtbak zou kapseizen groter was dan de kans dat dat niet zou gebeuren. Aldus luidt de conclusie dat niet is voldaan aan het bovenvermelde criterium, zodat geen aanleiding bestaat voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking.”

2.33

Op voornoemde gronden is het hof in rov. 3.27-3.28 tot het oordeel gekomen dat, bij afwezigheid van de beroepsfout, de procedure in cassatie en daarna bij het verwijzingshof ertoe zou hebben geleid dat [verweerster] haar aansprakelijkheid wél had mogen beperken. [Verweerster] mag derhalve haar schade verhalen op de advocaten. Hiermee slagen de principale grieven 4 en 5 en falen de incidentele grieven 2 en 3 (rov. 3.28).

2.34

Het hof heeft het betoog van [verweerster] dat het vorenstaande ook geldt voor de zaak *Coby/Horn* verworpen. [Verweerster] had in die procedure namelijk het juiste criterium nader onder de aandacht van het hof kunnen brengen en tegen een eventueel ongunstig arrest had ditmaal tijdig cassatieberoep kunnen worden ingesteld. Grief 2 faalt daarmee en dat geldt tevens voor grief 8 voor zover deze ziet op de advocaatkosten verband houdende met de schikking in de zaak *Coby/Horn*. Het hof overweegt:

“3.29

[Verweerster] betoogt dat het voorgaande niet alleen geldt voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van de schikking met [betrokkene 1], maar tevens voor de zaak *Coby/Horn*. Dat betoog faalt. In beide zaken was dezelfde kwestie aan de orde. [Verweerster] had tegen beide vonnissen hoger beroep ingesteld bij dit hof. Uit praktische overwegingen was de zaak *Coby/Horn* naar de parkeerrol verwezen in afwachting van de uitspraak in de zaak [betrokkene 1]. Nadat het hof in de [betrokkene 1]-zaak een voor [verweerster] ongunstig arrest had gewezen, dat als gevolg van de beroepsfout onherroepelijk was geworden, stond [verweerster] er niets aan in de weg om in de zaak *Coby/Horn* voort te procederen. Dit had, gelet op de geproduceerde gedingstukken in de andere zaak, met betrekkelijk weinig moeite en tijd gepaard kunnen gaan. Dat van dit hof, gelet op het arrest in de zaak [betrokkene 1], geen gunstige beslissing meer te verwachten zou zijn (wat daar ook van zij), doet daaraan niet af. Niet alleen bood deze situatie [verweerster] de mogelijkheid om de toepassing van het juiste criterium nader onder de aandacht van het hof te brengen, maar bovendien zou tegen een eventueel opnieuw te verkrijgen ongunstig arrest ditmaal wel tijdig cassatie ingesteld kunnen worden. Dat [verweerster] ervoor heeft gekozen om in plaats daarvan ook in de zaak *Coby/Horn* een schikking te treffen, hoe begrijpelijk die keuze ook moge zijn, moet dan ook voor haar rekening en risico blijven. Grief 2 faalt daarmee en dat geldt tevens voor grief 8 voor zover die ziet op de advocaatkosten verband houdend met de schikking in de zaak *Coby/Horn*.”

2.35

In rov. 3.30-3.32 is het hof tot het oordeel gekomen dat [verweerster] terecht klaagt over het feit dat de rechtbank op de

schadevergoeding het gestorte beperkingsbedrag in mindering heeft gebracht. Daartoe heeft het hof overwogen kort gezegd als volgt. In de procedure [betrokkene 1] en de procedure *Coby/Horn* is uiteindelijk een regeling tot stand gekomen buiten het fonds om. Dit heeft tot gevolg dat het fonds afgewikkeld diende te worden als voorzien in art. 642s Rv. Dit betekent dat de gestelde zekerheid verviel en het gestorte bedrag moest worden uitgekeerd aan degene die de storting verrichtte. Dit brengt mee dat het gestorte bedrag nimmer aan [verweerster] ten goede is gekomen en evenmin aan [betrokkene 1] en/of (de eigenaren van) de *Coby/Horn*. Hieruit volgt dat de zesde grief slaagt en dat de vermeerdering van eis, zoals verwoord in de memorie van antwoord in incidenteel appel, niet kan worden toegewezen.

2.36

Naar de vaststelling van het hof heeft [verweerster] ervoor gekozen slechts vergoeding te vragen van het deel van de schade dat niet, als gedekt onder de polis, door verzekeraars moet worden vergoed (memorie van grieven, randnummer 145.). Het hof komt daarop terug bij de bespreking van de vordering tegen de verzekeraars (rov. 3.32). Het voorgaande brengt het hof tot de conclusie dat de advocaten – in beginsel – zijn gehouden tot vergoeding van het schikkingsbedrag van € 565.000 (rov. 3.33).

2.37

Het hof heeft de grieven 7 en 8, die zijn gericht tegen de afwijzing van de gevorderde advocaatkosten, verworpen. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank, anders dan [verweerster] veronderstelt, beslist op de vordering inzake de advocaatkosten; de rechtbank heeft geoordeeld dat de advocaatkosten in deze procedure worden vergoed door het systeem van forfaitaire proceskostenveroordelingen en dat voor wat betreft de overige kosten geldt dat de door [verweerster] van de verzekeraars ontvangen uitkering deze kosten ruimschoots overschrijdt. [Verweerster] heeft volgens het hof onvoldoende onderbouwd dat de uitkering van de verzekeraars niet zou strekken ter delging van de gevorderde advocaatkosten. Het hof overweegt:

“3.34

Met grief 7 klaagt [verweerster] over het feit dat de rechtbank ten onrechte geen beslissing heeft genomen op de vordering inhoudende dat de volledige proceskosten van de procedure tegen de verzekeraars ten laste van de advocaten moeten worden gebracht. In de dagvaarding in eerste aanleg heeft [verweerster] in dit verband (onder V) gevorderd een verklaring voor recht dat de advocaten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de advocaatkosten die [verweerster] heeft gemaakt ter vaststelling en verhaal van haar schade en ter beperking van de schade. In de toelichting op deze vordering heeft zij gesteld dat de advocaten op grond van artikel 6:96 lid 2 sub a BW ook moeten opkomen voor de kosten die zijn gemaakt bij de onderhandelingen met verzekeraars en in deze procedure tegen de verzekeraars, aangezien ook deze kosten het gevolg zijn van de gemaakte beroepsfout en gemaakt zijn ter beperking van de schade.

3.35

Anders dan [verweerster] veronderstelt heeft de rechtbank wel op deze vordering beslist. Immers, onder ro. 5.22 en verder bespreekt de rechtbank de vordering sub V en VII inzake advocaatkosten. In ro. 5.23 worden de advocaatkosten voor zover gemaakt in de onderhavige procedure afgewezen, nu door de advocaten onweersproken en terecht is gesteld dat deze kosten worden vergoed door middel van het systeem van de forfaitaire proceskostenveroordeling. Wat de *overige proceskosten* (cursivering hof) betreft, heeft de rechtbank overwogen dat deze reeds zijn gemaakt en aldus begroot kunnen worden. Uitgaande van de door [verweerster] opgegeven specificatie van € 38.735,56 oordeelt de rechtbank evenwel dat de door [verweerster] ontvangen uitkering van de AVB-verzekeraars dit bedrag ruimschoots overschrijdt, zodat de vordering wordt afgewezen. Voor zover de grief derhalve erover klaagt dat op deze vordering niet is beslist, berust zij op een onjuiste lezing van het vonnis.

3.36

Met grief 8 klaagt [verweerster] over het oordeel van de rechtbank dat het van de AVB-verzekeraars ontvangen bedrag afgetrokken dient te worden van de verhaalbare advocaatkosten. Zij stelt daartoe – kort gezegd – dat hier sprake is van een onverplichte bijdrage in de niet-verhaalbare schade. Volgens [verweerster] dient derhalve eerst te worden nagegaan of, en zo ja, in hoeverre de volledige kosten van beide procedures door [verweerster] als schade kunnen worden verhaald. Het door de AVB-verzekeraars uitgekeerde bedrag dient in de eerste plaats ter delging van de kosten die voor rekening van [verweerster] zijn gebleven, aldus [verweerster].

Deze stelling is door de advocaten gemotiveerd bestreden. Daartoe hebben zij gesteld dat de uitkering onder de AVB-polis naar zijn aard een uitkering is die strekt ter vergoeding van de schade die [verweerster] heeft geleden ten gevolge van het incident waarvoor zij aansprakelijk is gesteld. Tot die schade behoren de kosten van de advocaten, maar deze uitkering strekt niet louter ter delging van de advocaatkosten die [verweerster] niet heeft kunnen verhalen. De rechtsgrond daarvoor (in de wet, de polis of elders) ontbreekt, aldus de advocaten.

Het hof is van oordeel dat, in het licht van deze betwisting, [verweerster] onvoldoende heeft onderbouwd dat en op grond waarvan de uitkering van de AVB-verzekeraars niet zou strekken ter delging van de hier gevorderde kosten, zodat ook deze

grief faalt.”

2.38

Rov. 3.37 en 3.38 betreffen de beoordeling en gegrondbevinding van grief 9 en bevatten in cassatie onbestreden beslissingen over de wettelijke rente. Rov. 3.39-3.60 zien op de procedure tussen [verweerster] en de verzekeraars.

2.39

In rov. 3.53-3.55 heeft het hof de vordering van [verweerster] tegen de verzekeraars tot het doen van uitkering voor de zaak [betrokkene 1] afgewezen, omdat (kort gezegd) tussen [betrokkene 1] en [verweerster] in rechte vast staat dat sprake is van bewuste roekeloosheid en dat daarmee ook sprake is van ‘grove schuld’ die in de weg staat aan dekking op de verzekeringspolis:

“3.53

Het hof moet derhalve de vraag beantwoorden of, en in hoeverre eigen schuld van [verweerster] is gedekt onder de polis. Het hof stelt vast dat de polis geen bepaling bevat waarin het antwoord op die vraag wordt gegeven. (...) Derhalve moet worden teruggegrepen op de wet. Daarbij wordt vooropgesteld dat volgens vaste jurisprudentie onder het begrip eigen schuld in de zin van artikel 276 Wetboek van Koophandel (oud) bij aansprakelijkheid niet iedere graad van schuld wordt begrepen (omdat aansprakelijkheid in het algemeen schuld impliceert), maar dat - zoals met juistheid door [verweerster] betoogd - sprake moet zijn van merkelijke of grove schuld, waaronder wordt verstaan een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van schuld. Voor zover de verzekeraars hebben willen betogen dat in het onderhavige geval uitgegaan zou moeten worden van ‘gewone’ schuld, kunnen zij daarin niet worden gevolgd. Weliswaar verwijzen zij naar de conclusie van A-G Huydecoper bij het arrest *All Ways*, maar uit die conclusie blijkt niet dat “gewone” schuld in geval van een schadevaring voldoende zou zijn en zij stellen geen feiten en omstandigheden die zouden rechtvaardigen dat schuld van een lichtere graad dan grove schuld van dekking onder het aansprakelijkheidsdeel van de cascopolis zou zijn uitgesloten. Dat het begrip grove schuld, zoals dat onder het oude recht werd gehanteerd, een geringere mate van verwijtbaarheid zou inhouden dan met het huidige artikel 7:952 BW is geïntroduceerd, leidt in elk geval niet tot die conclusie. Overigens gaan ook verzekeraars ervan uit dat tenminste sprake moet zijn van een min of meer ernstig verwijt, hetgeen evenmin te rijmen is met het begrip ‘gewone’ schuld.

3.54

Vervolgens dient zich de vraag aan of de gevorderde schade van dekking is uitgesloten indachtig bovenvermeld schuldconcept. Het hof ziet aanleiding daarbij onderscheid te maken tussen de zaken [betrokkene 1] en *Coby/Horn*. Met verzekeraars is het hof immers van oordeel dat voor de beantwoording van die vraag relevant is dat tussen [verweerster] en [betrokkene 1] bij onherroepelijk geworden arrest vaststaat dat sprake is geweest van bewust roekeloos handelen aan de zijde van [verweerster]. Die vaststelling heeft mede bepaald tot vergoeding van welke schade [verweerster] jegens [betrokkene 1] verplicht is. Het is die schadevergoeding die onder de polis wordt geclaimd. Verzekeraars mogen zich dan ook bij het beoordelen van die claim beroepen op hetgeen in verband daarmee tussen [verweerster] en [betrokkene 1] in rechte is vastgesteld. Dat de verzekeraars geen partij zijn geweest bij de renvooiprocedure doet daaraan niet af. Evenmin is van belang dat het arrest feitelijk of juridisch onjuist zou zijn, nu het immers onaantastbaar is geworden en daarmee bepalend voor hetgeen tussen [verweerster] en [betrokkene 1] rechtens geldt.

3.55

Bij het hofarrest is vastgesteld dat [verweerster] willens en wetens het risico heeft genomen dat door het opnieuw kapseizen van de splijtbak weer schade zou ontstaan en dat derhalve sprake is geweest van bewust roekeloos handelen. Naar het oordeel van het hof staat hiermee tevens tussen die partijen vast dat sprake is van grove schuld in de zin als hierboven bedoeld. Dit brengt mee dat de verzekeraars met betrekking tot de schade van [betrokkene 1] terecht een dekkingsverweer voeren. De vordering van [verweerster] voor zover betrekking hebbend op die schade ligt daarmee voor afwijzing gereed. Dit betekent tevens dat er geen reden is om enig bedrag in mindering te brengen op de schadevergoeding door de advocaten ten aanzien van [betrokkene 1].”

2.40

Ten aanzien van de zaak *Coby/Horn* oordeelt het hof evenwel dat de verzekeraars geen beroep toekomt op grove schuld aan de zijde van [verweerster]. Het hof overweegt:

“3.56

Dit is anders voor zover het de schade aan de eigenaren van *Coby/Horn* betreft. Tussen [verweerster] en *Coby/Horn* is immers niet bij onherroepelijk geworden uitspraak bepaald dat sprake is geweest van bewuste roekeloosheid. Partijen hebben de daarop betrekking hebbende renvooiprocedure immers gestaakt en een vaststellingsovereenkomst gesloten. In deze zaak geldt dan ook niet dat de grove schuld tussen die partijen vaststaat. Naar het oordeel van het hof kunnen

verzekeraars niet worden gevolgd voor zover zij betogen dat het handelen van [verweerster] jegens de eigenaren van *Coby/Horn* aan te merken zou zijn als grove schuld. Daartoe wordt verwezen naar [het] hetgeen hierboven is overwogen onder 3.22 tot en met 3.27. Op grond van die feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat het feit dat [verweerster] aanvankelijk heeft aangenomen dat sprake was van overbelading, en dat het risico met de juiste maatregelen beperkt kon worden, niet kan worden beschouwd als zodanig ernstig verwijtbaar dat gesproken moet worden van grove schuld. Dat zij er niet voor heeft gekozen om de onzekerheid over de juistheid van die aanname weg te nemen door een stabiliteitsberekening te laten uitvoeren, ligt in het verlengde daarvan en kan evenmin tot grove schuld leiden. Het beroep op een eigen gebrek strandt ook hier, nu het gebrek aan de splitsbak, bestaande in de instabiliteit, om dezelfde reden niet als grove schuld van [verweerster] kan worden beschouwd. Dit betekent dat de verzekeraars zich ten aanzien van dit deel van de vordering niet kunnen beroepen op grove schuld. (...)"

2.41

Het hof is aldus tot het oordeel gekomen dat in de zaak tegen de advocaten de principale grieven 4, 5, 6 en 9 slagen en de overige principale grieven falen en dat de incidentele grieven eveneens falen (rov. 3.58). Het hof heeft de advocaten op die gronden veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 565.000 en de vordering tegen de verzekeraars toegewezen tot het (beperkings)bedrag van art. 951f WvK (oud) ad € 133.288,86. Het hof overweegt:

“3.59

Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd voor zover het betreft rechtsoverwegingen 6.2, 6.3, 6.5, 6.6 en 6.7. Bij de in het petitum van de memorie van grieven onder I en III verzochte verklaringen voor recht, naast de veroordelingen tot betaling, heeft [verweerster] geen separaat belang. De vordering tegen de advocaten zal worden toegewezen tot het bedrag van € 565.000 en de vordering tegen de verzekeraars zal worden toegewezen tot het bedrag van art. 951 f K. ad € 133.288,86. Weliswaar is ten aanzien van de advocaten hoofdelijke veroordeling gevorderd, maar daarvoor is geen grondslag gesteld of gebleken. De vorderingen ten aanzien van de verzekeraars zullen worden toegewezen naar rato van hun aandeel in de polis.”

2.42

De advocaten hebben op 15 februari 2017 – en daarmee tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 15 november 2016. [Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping en heeft voorts incidenteel cassatieberoep ingesteld. De advocaten hebben in het incidenteel cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk laten toelichten. Vervolgens is aan de zijde van de advocaten gerepliceerd. [Verweerster] heeft doen repliceren in het incidenteel cassatieberoep.

3. Inleidende beschouwingen

3.1

Alvorens toe te komen aan de bespreking van het cassatiemiddel, lijkt het mij zinvol om in meer algemene zin het volgende voorop te stellen.

3.2

De onderliggende zaak vertoont voor wat betreft casuïstiek en de behoefte aan ontsnapping aan de aansprakelijkheidsbeperking enige gelijkenis met de zaak *Duwbak Linda*.^[13] In de zaak *Duwbak Linda* bracht deze behoefte te ontkomen aan de aansprakelijkheidsbeperking de Staat als mogelijke aansprakelijke partij in beeld. Uiteindelijk stond een relativiteitsoordeel echter aan een succesvolle vordering jegens de Staat in de weg. In de [betrokkene 1]-procedure is met een beroep op bewuste roekeloosheid getracht aan de aansprakelijkheidsbeperking te ontkomen. In de [betrokkene 1]-procedure neemt het hof in zijn arrest van 22 mei 2008, net als de rechtbank, inderdaad aan dat sprake is van – kort gezegd – bewuste roekeloosheid. Dit betekent dat beperking van de aansprakelijkheid van [verweerster] niet aan de orde is. Daarna is te laat cassatieberoep ingesteld. In de zaak *Coby/Horn* heeft de rechtbank ook aangenomen dat sprake is van bewuste roekeloosheid. Tegen die uitspraak is eveneens appel ingesteld, maar de procedure is in hoger beroep in afwachting van de [betrokkene 1]-zaak op de parkeerrol geplaatst. Na het tardieve cassatieberoep zijn zowel in de [betrokkene 1]-zaak als inzake *Coby/Horn* schikkingen getroffen.

3.3

De stelling van [verweerster] in de beroepsaansprakelijkheidszaak is helder: bij tijdig cassatieberoep was het oordeel van het hof in de [betrokkene 1]-zaak vernietigd en zou [verweerster] uiteindelijk niet voor de volledige schade aansprakelijk zijn geweest. Zij zou dan juist wél een beroep op beperking van aansprakelijkheid hebben kunnen doen. Kern van het betoog is dat het hof in de [betrokkene 1]-zaak een onjuiste toepassing zou hebben gegeven aan de eerdergenoemde 5 januari-arresten. De advocaten betogen (primair) dat ook bij tijdig cassatieberoep het hofarrest in stand zou zijn gebleven (hetgeen dus zou inhouden dat [verweerster] wel degelijk voor de volledige schade aansprakelijk zou zijn). Een separaat verwijt van

[verweerster] is dat de advocaten een grief hadden moeten richten tegen de overweging dat [betrokkene 2] 'alter ego' is van [verweerster]. Dat zou van belang zijn in het kader van de vraag of sprake was van bewuste roekeloosheid aan de zijde van [verweerster]. De advocaten betwisten dat op dit punt sprake is van een beroepsfout en stellen verder dat [verweerster] er in de [betrokkene 1]-procedure nimmer op heeft gewezen dat [betrokkene 2] niet zou gelden als alter ego. Verder betogen de advocaten dat [verweerster] over deze kwestie te laat heeft geklaagd en dat er geen causaal verband is met de gestelde schade.

3.4

Bijzonder, hoewel niet voor het eerst aan de orde,^[14.] in deze zaak is dat de rechtbank, het hof en Uw Raad dienen te beoordelen hoe de Hoge Raad zou hebben beslist als het cassatieberoep tijdig zou zijn ingesteld. Zou de Hoge Raad het hofarrest dan hebben vernietigd en wat zou het verwijzingshof daarna hebben beslist?

3.5

Daarbij komt het aan op twee punten. In de eerste plaats gaat het om de materiële vraag in de onderliggende procedure: is er wel of geen sprake van bewuste roekeloosheid en in de tweede plaats gaat het om de specifieke problematiek van een beroepsaansprakelijkheidszaak: op welke wijze moet worden beoordeeld hoe de onderliggende procedure zou zijn verlopen zonder de beroepsfout? In paragraaf 4 zal ik ingaan op de uitleg van het criterium 'bewuste roekeloosheid' in het vervoerrecht. Paragraaf 5 betreft de beroepsaansprakelijkheidsaspecten van deze zaak. In paragraaf 6 zal ik toekomen aan de bespreking van de principale cassatieklachten. Paragraaf 7 bevat de bespreking van de incidentele cassatieklachten. Paragraaf 8 behelst de afronding van de beoordeling van de klachten. Tot slot volgt in paragraaf 9 mijn slotsom.

4. Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht

4.1

Het vervoerrecht kent wettelijke beperkingen van de aansprakelijkheid van de vervoerder. De wettelijke beperking van de eigenaren van binnenvaartschepen is vervat in art. 8:1060 e.v. BW. Deze beperking van de aansprakelijkheid geldt echter niet in het geval dat gemakshalve als 'bewuste roekeloosheid' wordt aangeduid. In deze paragraaf zal ik eerst een korte introductie geven op de wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van eigenaren van binnenvaartschepen (art. 8:1060 e.v. BW) en daarna ingaan op de uitleg van het criterium 'bewuste roekeloosheid' in het vervoerrecht.

De wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van art. 8:1060 e.v. BW

4.2

Art. 8:1060-1066 BW (tot 1 januari 1997:^[15.] art. 951a-951g WvK^[16.]) betreffen de beperking van aansprakelijkheid van eigenaren van binnenvaartschepen. Deze bepalingen vormen de nationale uitwerking van het Verdrag van Straatsburg inzake beperking van aansprakelijkheid in de binnenvaart (vaak aangeduid als het CLNI).^[17.] Het CLNI is voor een groot gedeelte ontleend aan het Verdrag van Londen inzake de beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen (vaak aangeduid als het LLMC),^[18.] dat ziet op zeeschepen en in Nederland is geïmplementeerd in art. 8:750-8:759 BW. Overigens is het LLMC herzien bij en vervangen door het Protocol van 1996 tot wijziging van dit verdrag. Deze herziening is in maart 2011 voor Nederland in werking getreden en heeft geleid tot een aanpassing van art. 8:755 lid 1 BW.^[19.]

4.3

In art. 8:1060 lid 1 juncto 8:1062 BW (tot 1 januari 1997: art. 951a juncto 951c WvK) is kort gezegd geregeld dat de eigenaar van een binnenvaartschip zijn aansprakelijkheid voor bepaalde typen vorderingen via een bijzondere procedure kan beperken. Het gaat hierbij om vorderingen wegens personen- en zaakschade (art. 8:1062 lid 1 sub a), verdragingschade (art. 8:1062 lid 1 sub b), zuivere vermogensschade (art. 8:1062 lid 1 sub c), kosten van interventie, vlottrekken, wrakopruiming en redding van lading (art. 8:1062 lid 1 sub d en e) en vorderingen wegens preventieve maatregelen (art. 8:1062 lid 1 sub f BW).

4.4

De procedure tot beperking van aansprakelijkheid verloopt als volgt.^[20.] De eigenaar van het binnenvaartschip moet een verzoek bij de rechter indienen tot het bepalen van het bedrag waartoe de aansprakelijkheid is beperkt. Vervolgens moet hij – na toewijzing van dit verzoek – een dienovereenkomstig fonds stellen (art. 642a en 642c Rv; tot 1 januari 1997: ^[21.] art. 320a en 320c Rv^[22.]). Er wordt onderscheid gemaakt tussen een personen-, zaken-, waterverontreinigings- en een passagiersfonds.^[23.] In de onderhavige onderliggende zaak gaat het om een fonds voor zaakschade.

4.5

Het bedrag van het voor zaakschade te stellen fonds belooft voor binnenschepen maximaal de helft van de waarde van het schip op het tijdstip van het voorval dat aanleiding gaf tot de vordering met een minimum van 100.000 rekeneenheden.^[24.]

De bedoelde rekeneenheid is het bijzondere trekkingsrecht (SDR^[25.]) zoals dat is omschreven door het Internationale Monetaire Fonds. De gedachte achter deze aansprakelijkheidsbeperking is dat de reder niet meer aan de zee mag verliezen dan hij aan haar had toevertrouwd.^[26.] In de loop van de tijd is de waarde van schip en vracht vastgesteld als een aansprakelijkheidslimiet in de vorm van een forfaitair bedrag.^[27.]

4.6

Zodra het fonds is gesteld, bepaalt de rechter-commissaris een dag en tijdstip voor de verificatievergadering. Verder bepaalt hij een termijn waarbinnen de schuldeisers hun vordering kunnen indienen en het beroep op de beperking van de aansprakelijkheid kunnen betwisten (art. 642g Rv; tot 1 januari 1997: art. 320g Rv). Bij betwisting van een vordering of betwisting van het beroep op beperking van de aansprakelijkheid verwijst de rechter-commissaris naar een renvooiprocedure (art. 642q Rv; tot 1 januari 1997: art. 320q Rv). In deze renvooiprocedure gelden een appeltermijn en een cassatietermijn van vier weken (art. 642y lid 2 Rv; tot 1 januari 1997: art. 320y lid 2 Rv).

4.7

Er is voor de schuldeiser onder meer grond voor betwisting van het beroep op beperking van de aansprakelijkheid wanneer sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid in de vervoerrechtelijke betekenis.^[28.] In dat geval komt de eigenaar namelijk geen beroep op de beperking van de aansprakelijkheid toe. Dit was tot 1 januari 1997 geregeld in art. 951e WvK.^[29.] Dit artikel luidde als volgt:

Niemand is gerechtigd zijn aansprakelijkheid te beperken, indien bewezen is dat de schade is ontstaan door zijn eigen handeling of nalaten, geschied hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap, dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.

Sinds 1 januari 1997^[30.] is een gelijkkluidende bepaling opgenomen in art. 8:1064 BW. De bewijslast van opzet of bewuste roekeloosheid berust bij de schuldeiser.^[31.]

4.8

Wanneer de eigenaar van het schip een rechtspersoon is, zal er sprake moeten zijn van handelen of nalaten van één van de organen van de rechtspersoon of van iemand, wiens gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden.^[32.] Een duidelijke fout van de bemanning is daarvoor op zichzelf ontoereikend.^[33.] Voor de vraag welke kennis van welke personen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, is immers – net als bij de vraag of een onrechtmatige gedraging van een natuurlijke persoon kan worden aangemerkt als onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon^[34.] – beslissend of deze kennis in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon.^[35.]

De uitleg van het criterium bewuste roekeloosheid

4.9

De uitleg van het criterium 'bewuste roekeloosheid' berust in belangrijke mate op de rechtspraak van Uw Raad. Daarbij is het volgende van betekenis:

- (i) Uw Raad heeft in de 5 januari-arresten uitleg gegeven aan het criterium bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht;
- (ii) uit een arrest van Uw Raad uit 2009 blijkt dat de subjectieve bewustheid in het vervoerrecht mag worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden van het geval;
- (iii) in de literatuur is kritiek geuit op de uitleg die in de 5 januari-arresten aan het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht wordt gegeven;
- (iv) deze kritiek heeft Uw Raad blijkens een arrest uit 2012 niet tot een andere uitleg gebracht.

Deze vier aspecten zal ik hierna nader bespreken.

(i) De uitleg in de 5 januari-arresten

4.10

In de 5 januari-arresten (het arrest *Overbeek/Cigna*^[36.] en het arrest *[C]/Philip Morris c.s.*^[37.]) heeft Uw Raad uitleg gegeven aan het criterium 'schade ontstaan door roekeloos handelen of nalaten met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit voortvloeit'.^[38.] Beide zaken betreffen ladingdiefstal uit vrachtauto's. De arresten zien beide op art. 8:1108 BW dat voor het wegvervoer hetzelfde regelt als art. 8:1064 BW voor de binnenvaart en dat is ontleend aan art. 29 van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (vaak aangeduid als het CMR-verdrag).^[39.] Art. 29 CMR is op zijn beurt gebaseerd op art. 25 van het Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (het Verdrag van Warschau)^[40.] zoals dit luidde na de herziening middels het Haags Protocol.^[41.] Die bepaling voorzag uitdrukkelijk in het waarschijnlijkheidsbewustzijn als zelfstandig element naast roekeloosheid om aan te geven dat doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking van de vervoerder, die zijn diensten

doorgaans verricht voor een vergoeding die in geen verhouding staat tot de waarde van de vervoerde goederen, alleen in uiterste gevallen plaats mag vinden.^[42.]

4.11

In het arrest *Overbeek/Cigna*^[43.] ging het over het vervoer van een container sportkleding van Rotterdam naar Aalsmeer. De container diende op maandag in Aalsmeer te worden afgeleverd. Overbeek haalde – omwille van een privébelang – de container al op vrijdag in Rotterdam op en parkeerde de vrachtauto gedurende het weekend op een verlaten industrieterrein in Gouda. Gedurende het weekend werd de container gestolen. Ladingverzekeraar Cigna stelde dat sprake was van bewuste roekeloosheid. Het hof volgde dat betoog en overwoog daartoe dat het handelen van de chauffeur als roekeloos dient te worden aangemerkt nu de chauffeur zonder enige noodzaak de container heeft opgehaald en op een onbeveiligd industrieterrein heeft geparkeerd.^[44.] Naar het oordeel van Uw Raad had het hof daarmee evenwel een onjuist criterium gehanteerd. Uw Raad overwoog in dat verband als volgt:

“3.4.2

Van gedrag, dat als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien moet worden aangemerkt, is sprake, wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden.

3.4.3

Hiervan uitgaande geven 's Hofs hiervoor in 3.2 onder (3) vermelde oordelen in verschillende opzichten blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

In de eerste plaats is, zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 3.4.2 is overwogen, voor het antwoord op de vraag of een handelen of nalaten is geschied met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, niet beslissend of degene die zich aldus gedroeg wist dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was.

In de tweede plaats heeft het Hof, door te oordelen dat de chauffeur moet hebben geweten althans hebben behoren te begrijpen dat de kans op diefstal zeer aanzienlijk was een verkeerde maatstaf gehanteerd. Indien gezegd kan worden dat de chauffeur heeft moeten weten of behoren begrijpen dat de kans dat de container zou worden gestolen groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, dan ligt daarin immers besloten dat hij zich daarvan in concreto niet bewust was.

De omstandigheden tenslotte dat de chauffeur van de vrachtauto slechts zijn eigen belang diende toen hij de container die was geladen met, naar hij wist, diefstalgevoelige zaken reeds vrijdagavond ophaalde en gedurende het weekend op het verlaten parkeerterrein heeft laten staan, zijn voorts onvoldoende voor het oordeel dat de chauffeur zich ervan bewust was dat de kans dat de container zou worden gestolen aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren.”

4.12

In het arrest *[C]/Philip Morris c.s.* stonden de volgende feiten centraal. [C] vervoerde een partij sigaretten in twee opleggers van Nederland naar Italië. De opleggers werden bemand door drie chauffeurs. Op een avond parkeerden de chauffeurs hun vrachtwagens op een parkeerterrein in Italië, omdat zij de geadresseerde in Milaan niet meer tijdig konden bereiken. Tijdens een maaltijd – waarbij de chauffeurs geen zicht hadden op de vrachtwagens – werden de beide opleggers met sigaretten gestolen.^[45.] Uw Raad overwoog in deze zaak als volgt:^[46.]

“3.3

(...) Voorts moet worden vooropgesteld dat van gedrag, dat moet worden aangemerkt als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, sprake is, wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden.

3.4.1

Onderdeel II.1 van het middel richt rechts- en motiveringsklachten tegen 's Hofs hiervoor in 3.2 onder (2) weergegeven rov. 4.12.

3.4.2

[C] heeft, naar uit 's Hofs uitspraak blijkt, onder meer aangevoerd:

- (a) Dat de chauffeurs de vrachtauto's op zodanige wijze achter andere vrachtauto's hadden geparkeerd, dat er niet mee kon worden weggereden. Het Hof is van de juistheid van deze stelling uitgegaan, maar heeft haar niet van belang gevonden omdat geparkeerde vrachtauto's op enig moment weer weggrijden en voor de chauffeurs niet zichtbaar was dat dit is gebeurd (rov. 4.5.7).
- (b) Dat de chauffeurs de parkeerplaats als veilig kenden, hoewel naar de letter onbewaakt. Het Hof is ook van de

juistheid van deze stelling uitgegaan (rov. 4.6).

- (c) Dat de onderhavige parkeerplaats goed verlicht en druk bezocht was. Het Hof heeft in het midden gelaten of de parkeerplaats goed verlicht was (rov. 4.6). In cassatie moet derhalve veronderstellenderwijs van de juistheid van deze stelling van [C] worden uitgegaan.
- (d) De vrachtauto's waren afgesloten met portier- en stuursloten.

Op grond van dit een en ander moet ervan worden uitgegaan dat de chauffeurs de vrachtauto's zodanig hebben geparkeerd dat er naar hun oordeel niet mee kon worden weggereden, dat de parkeerplaats naar hun oordeel als veilig moest worden aangemerkt alsmede dat de parkeerplaats druk bezocht en goed verlicht was. Deze feiten en omstandigheden doen enerzijds aannemelijk zijn dat de chauffeurs wisten dat aan het parkeren van de vrachtauto's op de wijze zoals zij hebben gedaan het gevaar van diefstal ervan was verbonden, maar anderzijds doen zij zo aannemelijk zijn dat zij meenden dat zij voldoende maatregelen hadden genomen om diefstal te voorkomen, dat, ook in het licht van de door het Hof in zijn rov. 4.11 opgesomde feiten en omstandigheden, zonder nadere motivering niet begrijpelijk is 's Hof's hiervoor onder 3.2 weergegeven oordeel in zijn rov. 4.12. Aldus heeft het Hof, door te oordelen als het in zijn rov. 4.12 heeft gedaan, hetzij blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, hetzij zijn uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Onderdeel II.1 is derhalve gegrond."

4.13

Deze maatstaf voor de toepassing van het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht is door Uw Raad in 2002 herhaald in de arresten [\[D\]/CGM](#)^[47] en [CTV/K-Line](#)^[48] A-G Strikwerda heeft in zijn conclusie voor het arrest [CTV/K-Line](#) naar mijn mening terecht en treffend opgemerkt dat het criterium bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht een drietal elementen kent:^[49]

"Drie elementen laten zich in deze maatstaf [te] onderscheiden. Het eerste element is dat aan de gedraging gevaar verbonden is en dat de kans dat dit gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren. Dit is een objectief element; beslissend is of — naar de ervaring leert — het gestelde gedrag in de gegeven omstandigheden gevaarlijk is en of — naar de ervaring leert — de kans dat het gevaar zich in de gegeven omstandigheden zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan dat dit niet gebeurt. Het tweede element is van subjectieve aard: degene die handelt of nalaat kent het aan zijn gedrag verbo[n]den gevaar en is zich ervan bewust dat de kans dat schade optreedt aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft. Het derde element kwalificeert het gedrag als roekeloos: de kennis van het aan het gedrag verbonden gevaar en het zich bewust zijn dat de kans dat schade op zal treden aanzienlijk groter is dan de kans dat schade zal uitblijven, hebben degene die handelde of naliet van zijn gedrag niet weerhouden. Het eerste element in de maatstaf is een drempelvoorwaarde; is van gevaar geen sprake of is het gevaar niet van dien aard dat de kans op schade aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft, dan komt men aan de twee andere elementen van de maatstaf niet toe."

4.14

In het criterium voor bewuste roekeloosheid kunnen aldus de volgende drie elementen worden onderscheiden.^[50]

4.15

Het *eerste element* is het gevaar dat aan de gedraging gevaar verbonden is en de omstandigheid dat de kans dat dit gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren. In de literatuur wordt het eerste element wel aangeduid als *de drempelvoorwaarde*.^[51] We komen niet toe aan de twee andere elementen wanneer aan dit eerste element niet is voldaan. In de literatuur wordt verder opgemerkt dat het hier gaat om een objectieve kansrekening.^[52] Het eerste element wordt in de cassatiedagvaarding aangeduid als het *objectieve deelcriterium*.

4.16

Het tweede element betreft de subjectieve bewustheid. Het gaat er hierbij om dat degene die handelt of nalaat het aan zijn gedrag verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat schade optreedt aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft. Het tweede element wordt in de cassatiedagvaarding het *subjectieve deelcriterium* genoemd.

4.17

Het *derde element* kwalificeert het gedrag als roekeloos. De kennis van het aan het gedrag verbonden gevaar en het zich bewust zijn dat de kans dat schade op zal treden aanzienlijk groter is dan de kans dat schade zal uitblijven, hebben degene die handelde of naliet van zijn gedrag niet weerhouden.

(ii) Subjectieve bewustheid mag worden afgeleid uit objectieve omstandigheden

4.18

Uit het arrest van Uw Raad [C]/AIG [53.1] uit 2009 volgt dat het tweede element van de bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht[54.1] (de bewustheid) mag worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden van het geval.[55.1]

4.19

In de zaak [C]/AIG [56.1] stonden de volgende feiten centraal. Een Russische chauffeur, Vasilenko geheten, leverde goederen af aan een ander dan de in de vrachtbrief genoemde persoon, van wie hij de identiteit niet had vastgesteld. Ook werden de douanedocumenten niet op de daarvoor bestemde plaats afgestempeld. De goederen zijn nimmer aangekomen bij de beoogde ontvanger. Rechtbank en hof honoreerden het beroep van de afzender op bewuste roekeloosheid van de vervoerder. [C] voerde in cassatie aan dat niet was komen vast te staan dat de chauffeur daadwerkelijk bekend was dat uit zijn handelen waarschijnlijk schade zou voortvloeien. Uw Raad sauveerde echter het oordeel van het hof dat uit de feiten en omstandigheden een (door de vervoerder niet weerlegd) vermoeden van bewuste roekeloosheid had afgeleid.[57.1] Hieruit kan worden afgeleid dat het vereiste subjectieve besef van het gevaar in het vervoerrecht mag worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Uw Raad overwoog:

“3.4.3

De klachten van de onderdelen 3(d) en 3(e) kunnen gezamenlijk worden behandeld. Zij bestrijden in wezen alle dat deel van rov. 17 dat erop neerkomt dat de verklaring van Vasilenko die is vastgelegd in het op 20 september 2006 in hoger beroep overgelegde verslag van een in 2003 met hem gehouden interview onverlet laat dat [C] c.s. de stellingen van AIG waaruit volgens deze bleek dat het verlies van de lading voortgesprongen was uit grove schuld van diezelfde Vasilenko onvoldoende gemotiveerd hebben betwist, en dat het er daarom voor moet worden gehouden dat de schade het gevolg is van aan [C] c.s. toe te rekenen grove schuld van Vasilenko. Dat op waarderingen van feitelijke aard berustende oordeel behoefde, anders dan in beide onderdelen naar de kern genomen slechts op basis van een andere waardering van die verklaring — vooral ook voor zover inhoudende dat het lossen in Balashika geschiedde op aanwijzingen van ‘representatives of the receiver’ — wordt betoogd, geen nadere motivering dan door het hof is gegeven. Dat oordeel, dat in hoofdzaak is opgebouwd uit de volgende schakels

- a. er is geen andere aflevering overeengekomen dan aan (het adres van) Stroyinvest;
- b. Vasilenko heeft de douanedocumenten niet aan douanemedewerkers gegeven, maar aan hem onbekende personen van wie hij de identiteit niet heeft vastgesteld en gecontroleerd;
- c. de lading is in Balashika afgeleverd in die zin dat zij daar op initiatief van personen die Vasilenko niet kende in een andere vrachtwagen is overgeladen, en
- d. Vasilenko moet ervan op de hoogte zijn geweest dat Moskou destijds een ‘criminaliteitsgevoelige bestemming’ was voor een lading als de onderhavige, is ook niet onbegrijpelijk. (...)

3.4.4

Onderdeel 3(g), dat neerkomt op een herhaling in andere bewoordingen van het in de eerste alinea van 3.4.3 verworpen betoog, klaagt tevergeefs dat door het hof geen feiten zijn vastgesteld die het oordeel kunnen dragen dat Vasilenko het voor een geslaagd beroep op art. 29 CMR vereiste ‘subjectieve’ besef van gevaar heeft gehad.”

4.20

Haak maakt uit het arrest [C]/AIG op dat de subjectieve wetenschap mag worden afgeleid uit een schakelredenering waarin objectieve omstandigheden een hoofdrol spelen. Hij refereert vervolgens aan het oordeel van het Hof Amsterdam in de [betrokkene 1]-procedure. Haak komt op grond van het arrest [C]/AIG tot de slotsom dat Uw Raad het hofarrest in de [betrokkene 1]-procedure in stand zou hebben gelaten. Hij schrijft:[58.1]

“Een voorbeeld van deze (objectieve) benadering valt met zoveel woorden te ontleen aan een uitspraak van het Hof Amsterdam inzake een door de duwsleepboot Arcturus gesleepte/geduwde splijtbak die, beladen met nat spuitend, kapseist en daarbij o.a. de Arcturus beschadigt. De eigenaar van de splijtbak, die een jaar voor het kapseizen al eerder hetzelfde lot onderging, wenste zich te beroepen op de beperking van aansprakelijkheid in de zin van het huidige art. 8:750 e.v. BW. Zowel rechtbank als hof oordeelden dat eigenaar geen recht op beperking van aansprakelijkheid toekwam omdat hier sprake was van bewuste roekeloosheid. Aan dit oordeel lag in de kern ten grondslag het feit dat de bak boordevol geladen was en er sinds het vorige ongeval geen adequate voorziening om het euvel (de mogelijke instabiliteit van de bak na belading) te verhelpen was getroffen. (...)

Het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep voerde aan dat het hof met zijn oordeel ten enenmale voorbij was gegaan aan het vereiste van de drempelvoorwaarde van het objectieve criterium van de aanmerkelijke kans op schade. Immers, dat de kans op kapseizen zeer aanzienlijk was, was daartoe niet voldoende. Subjectieve wetenschap kan niet uitsluitend uit objectieve omstandigheden worden afgeleid, aldus het cassatiemiddel. Het rechtstreeks oordeel van de Hoge Raad op deze principiële stellingname in cassatie is in de schoot der goden gebleven, om de simpele reden dat het cassatieberoep wegens overschrijding van de daartoe gestelde termijn helaas is ingetrokken. Met de hier behandelde uitspraak HR 29 mei

2009 [het arrest *[C]/AIG*, A-G] is de beoordeling alsnog, zij het indirect, luce clarius gegeven. De Hoge Raad geeft zelf via de hiervoor vermelde schakelredenering onomwonden blijk van erkenning van de opvatting dat de daadwerkelijke wetenschap van de zeer aanzienlijke kans op schade uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid.”

In randnummer 6.36 kom ik terug op deze analyse van Haak.

(iii) Kritiek in de literatuur

4.21

In de literatuur is kritiek geuit op de uitleg die in de 5 januari-arresten aan het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht is gegeven. Met de drempelvoorwaarde wordt de lat heel hoog gelegd door de combinatie van de objectieve kansrekening en de term ‘aanzienlijk’. ^[59.] Daarbij zijn kritische kanttekeningen geplaatst, onder meer door Haak in zijn annotatie bij het arrest *[C]/Philip Morris c.s.*^[60.] en door Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest *[D]/CGM*.^[61.]

4.22

Haak heeft in zijn annotaties^[62.] en in de Strikwerda-bundel^[63.] aandacht besteed aan de voor- en nadelen van de strenge lijn van Uw Raad in vergelijking met die van andere landen. Haak is daarmee ongelukkig. Huydecoper deelt die mening,^[64.] In 2004 heeft ook Haazen naar aanleiding van de 5 januari-arresten opgemerkt dat een beroep op doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking in de feitenrechtspraak slechts sporadisch wordt gehonoreerd en dat de uitleg door de Nederlandse rechter strenger is voor de ladingbelanghebbende dan de uitleg in andere CMR-landen. Haazen schrijft:^[65.]

“De invulling van het schuldbegrip in art. 29 CMR vertoont onder de lidstaten [lees: van, A-G] het CMR geen eenduidig beeld. De uitleg van de Nederlandse rechter is in vergelijking met de maatstaf die andere CMR-landen aanleggen, aanzienlijk strenger voor de ladingbelanghebbende en zijn verzekeraar. Daarentegen kunnen vervoerder en zijn verzekeraar met deze mildheid hun voordeel doen en zou deze ontwikkeling er wel eens toe kunnen leiden dat de Nederlandse rechter voor deze laatste “een gewilde rechter” wordt. Na de geruchtmakende arresten van 5 januari 2001 is onder de vigeur van het nieuwe criterium slechts sporadisch het beroep op doorbraak van de aansprakelijkheidsbeperking gehonoreerd door de feitenrechter.”

4.23

Hammerstein en De Meij achten de strenge lijn van Uw Raad in vergelijking met het buitenland eveneens ongewenst. Zij hebben Uw Raad in 2011 in een bijdrage in de Strikwerda-bundel gesuggereerd terug te komen van de rechtsregel uit de 5 januari-arresten. Zij hebben daarbij gewezen op ontwikkelingen in Duitsland en vinden inspiratie in de conclusie van A-G Strikwerda voor het arrest *[C]/Philip Morris c.s.* Zij lichten hun standpunt als volgt toe:^[66.]

“De Hoge Raad zou er naar onze mening verstandig aan doen van het criterium uit zijn arresten van 5 januari 2001 terug te komen door aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het Bundesgerichtshof die wij daarom uitvoerig hebben aangehaald en besproken. Een belangrijke reden om dit te doen is niet alleen dat hiermee tussen de belangrijke handelspartners Nederland en Duitsland forumshopping wordt ontmoedigd, maar ook dat het Bundesgerichtshof in recente jurisprudentie een in de praktijk goed hanteerbaar en rechtvaardig criterium voor de toepassing van art. 29 CMR heeft gevormd door er – evenals Luc Strikwerda – in zijn conclusie voor *NJ* 2001/392 – van uit te gaan, dat bij bewuste roekeloosheid iedere vorm van afweging ontbreekt, omdat de dader de gevolgen op de koop toe neemt. Dat is de door Strikwerda genoemde ‘koude onverschilligheid’ (*cold indifference*)). De kern is niet of bij de vervoerder het bewustzijn aanwezig was dat de kans op schade aanzienlijk groter was dan de kans op het tegenovergestelde. In retrospectie kan dit ook niet goed worden vastgesteld. Van roekeloosheid is pas sprake als de dader in het besef dat zijn lichtvaardig handelen of nalaten tot schade kan leiden, daarin nodeloos volhardt. De Duitse rechtspraak spreekt van bewuste lichtvaardigheid door het ontbreken van noodzakelijke voorzorgsmaatregelen. Deze laatste kunnen worden gerelateerd aan de omstandigheden van het geval, zoals de kostbaarheid van de lading, de diefstalgevoeligheid en de te betrachten voorzichtigheid. Daarom valt er veel voor te zeggen om, in navolging van het Duitse Bundesgerichtshof, voor de CMR-vervoerder die wordt geconfronteerd met een beroep van diens wederpartij op art. 29 CMR, een verzwaarde motiveringsplicht omtrent de door hem ter bescherming van de lading getroffen veiligheidsmaatregelen te laten gelden. Juist door alle omstandigheden een rol te laten spelen bij de beoordeling van de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken, ligt het op de weg van degene die voorzorgsmaatregelen heeft moeten nemen, aannemelijk te maken dat dit in voldoende mate is gebeurd. Het voornoemde criterium laat hiervoor voldoende ruimte. Op deze manier kan – in ieder geval tussen de belangrijke handelspartners Nederland en Duitsland – forumshopping worden ontmoedigd. Wij komen dus tot de slotsom dat Strikwerda in zijn conclusie bij *NJ* 2001/392 de juiste weg heeft gewezen aan de civiele kamer van de Hoge Raad.”

Janssen heeft later vergelijkbare kanttekeningen geplaatst (hierna randnummer 4.28).

(iv) Kritiek resulteert niet in een andere uitleg van bewuste roekeloosheid.

4.24

Uit het in 2012 gewezen arrest *[E]/Traxys c.s.*^[67.] blijkt dat de kritiek in de literatuur Uw Raad niet tot een andere uitleg heeft gebracht. Uw Raad heeft de uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid uit de 5 januari-arresten onverkort gehandhaafd en de in de literatuur gedane voorstellen tot relativering of nuancering dus niet gevolgd.

4.25

In de zaak *[E]/Traxys c.s.* ging het om het volgende. [E] had opdracht gekregen om een lading met een waarde van bijna een miljoen dollar te vervoeren van Moerdijk naar België. De chauffeur parkeerde de trekker met oplegger één nacht op een parkeerplaats van een afgesloten industrieterrein bij de Rotterdamse haven. Die nacht werd de vrachtauto gestolen. Daartoe werd het portierslot geforceerd en het stuurcontactsloot verbroken. Drie jaar eerder was vanaf hetzelfde parkeerterrein eveneens een trekker met lading van [E] ontvreemd. Naar het oordeel van het hof was sprake van bewuste roekeloosheid. Het hof achtte daartoe van belang dat diefstal van een vrachtauto met een dure lading in en rond de Rotterdamse haven een zo veel voorkomend probleem is dat een vervoerder daarop ten zeerste bedacht dient te zijn, dat [E] eerder met soortgelijke diefstal was geconfronteerd en dat de vrachtwagen niet was voorzien van een startonderbreker of alarmsysteem. Uw Raad vernietigde de uitspraak van het hof. Naar het oordeel van Uw Raad kunnen een reële kans op diefstal en bewustheid van dit gevaar van diefstal niet het oordeel dragen dat sprake is van bewuste roekeloosheid.^[68.]

4.26

Uw Raad overwoog over het eerste, objectieve element (de drempelvoorwaarde):

“4.3.

Het hof heeft vervolgens onderzocht of in dit geval de kans op diefstal van de vrachtwagen(combinatie) met lading dermate reëel was dat de kans op schade aanzienlijk groter was dan de kans dat schade zou uitblijven, en die vraag bevestigend beantwoord.

Het heeft daartoe het volgende in aanmerking genomen:

- (i) Diefstal, met name vanaf parkeerterreinen bij de haven, is een veel voorkomende plaag van de transportsector (rov. 4.5.2);
- (ii) Niet iedere vrachtwagen die op een onbewaakt of minder bewaakt parkeerterrein wordt gestald, wordt dezelfde nacht nog gestolen. In die zin was de kans dat de onderhavige vrachtwagen zou worden gestolen niet zo groot. Bovendien zijn er nog allerlei onbekende factoren die meewegen bij de beoordeling van de kans op diefstal.
- (iii) Anderzijds is diefstal van vrachtwagens in het algemeen en van een vrachtwagen met een dure of gemakkelijk te verhandelen lading in het bijzonder in en rond de Rotterdamse haven een zo veel voorkomend fenomeen dat een vervoerder daarop ten zeerste bedacht moet zijn. Bovendien is Van Houwelingen in de drie jaar voorafgaand aan deze diefstal twee keer eerder geconfronteerd met diefstal (rov. 4.5.3);
- (iv) [E] was op de hoogte van de hoge waarde van de lading (rov. 4.5.4);
- (v) De vrachtwagen was slechts voorzien van een deurcontactsloot en een stuursloot en niet van een startonderbreker of alarmsysteem. De trekker en de beladen oplegger stonden aangekoppeld gedurende het nachtelijke overstaan geparkeerd op een terrein in de regio van de Rotterdamse haven dat slechts beveiligd was met licht van straatlantaarns en een afgesloten omheining (waarvan veel sleutels in omloop waren) (rov. 4.5.5).

4.4.

Onderdeel 2 van het middel klaagt terecht dat het hof bij de hiervoor in 4.3 bedoelde afweging onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang. De daar genoemde omstandigheden (i), (iii) aanhef eerste volzin en tweede volzin en (v) geven weliswaar een aanwijzing dat er een reële kans was op diefstal van (ook) de onderhavige vrachtwagen, maar niet dat die kans groter — laat staan aanzienlijk groter — was dan de kans dat diefstal achterwege zou blijven, zeker niet indien de uitdrukkelijke vermelding van ook omstandigheid (ii) in aanmerking wordt genomen. Uit de door het hof genoemde omstandigheden volgt bijvoorbeeld niet dat de aard of waarde van de lading naar buiten toe kenbaar was. Wat betreft de omstandigheden (iii) voor het overige en (iv) valt zonder toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom bekendheid met de waarde van de lading bij Van Houwelingen en [E] de kans op diefstal vergrootte.”

4.27

Over het tweede, subjectieve element (de bewustheid) overwoog Uw Raad:

“4.6.

Onderdeel 3 klaagt over het oordeel van het hof dat [E] bewust roekeloos heeft gehandeld. Het hof heeft hiertoe overwogen, samengevat:

- (a) Het zeer nabij gelegen parkeerterrein van [E] was een stuk veiliger dan het parkeerterrein van Van Vliet. Bovendien verhuurt [E] sinds kort na het onderhavige voorval een extra beveiligd parkeerterrein. [E] was zich

derhalve bewust van het gevaar van diefstal (rov. 4.6.1);

- (b) [E] heeft niets gedaan met de op de transportopdracht opgenomen instructie dat de vrachtwagen niet onbewaakt moest worden achtergelaten. [E] heeft Prins geen enkele instructie gegeven omtrent de wijze van parkeren en beveiligen van de vrachtwagencombinatie. Prins heeft zelf ook geen navraag gedaan naar de inhoud van de lading en de wijze van beveiligen (rov. 4.6.2);
- (c) Gelet op het veiligheidsrisico had [E] de vrachtwagen op haar eigen — beter bewaakte — terrein moeten laten overstaan. Indien dit terrein vol was, had [E] een andere vrachtwagen, die leeg was of beladen was met een weinig diefstalgevoelige lading, op het belendende terrein van Van Vliet moeten laten zetten. [E] had in het uiterste geval de lading naar aanleiding van de hoge waarde en de instructies ook kunnen weigeren (rov. 4.6.3).

Het hof heeft op grond hiervan als slotsom geformuleerd dat [E] zich aan de instructie van Euro-Rijn niets gelegen heeft laten liggen, met een nauwelijks beveiligde vrachtwagen een kostbare lading liet vervoeren en liet overstaan op een nauwelijks beveiligd terrein terwijl een beter alternatief voorhanden was en zij ook overigens geen enkel duidelijk aanwijsbaar veiligheidsbeleid voerde (rov. 4.6.4).

4.7.

Ook dit onderdeel treft doel. Uit de door het hof in zijn oordeel betrokken omstandigheden kan — ook indien zij worden gezien in samenhang met de omstandigheden die hiervoor in 4.3 zijn genoemd — volgen dat [E] zich bewust was van het gevaar van diefstal, dat zij onzorgvuldig is omgesprongen met de instructies van haar opdrachtgever en dat zij veiliger alternatieven naast zich heeft neergelegd. Ook indien dit wordt samengevat in de bewoordingen van de slotsom van het hof (rov. 4.6.4), volgt hieruit nog niet dat [E] bewust roekeloos heeft gehandeld, dat wil zeggen in het besef dat de kans op diefstal van deze vrachtwagen aanzienlijk groter was dan de kans dat diefstal zou uitblijven.”

4.28

Overigens is ook na *[E]/Traxys c.s.* nog kritiek geleverd in de doctrine op het criterium van de 5 januari-arresten. Claringbould heeft er bijvoorbeeld op gewezen dat het eerste, objectieve element van de drempelvoorwaarde die zoals eerder al aangegeven (hiervoor randnummers 4.15 en 4.21) een vorm is van objectieve kansrekening, problematisch is omdat deze drempelvoorwaarde in bepaalde gevallen (zoals ‘diefstal van parkeerplaats’-zaken) praktisch gezien eigenlijk niet gehaald zal kunnen worden.^[69] Claringbould betoogt in de context van schadevaringen buiten een betoning dat deze objectieve kansrekening geen rol zou moeten spelen in het geval zeker is dat het gevaar bestaat. Hij wijst er daartoe op dat betoning een vaststaand gevaar aanduidt in de vorm van gebrek aan diepgang of een scheepswrak (het wrak *ligt* er; er is ondiepte), terwijl er in de diefstalzaken slechts een (meer of minder kleine) kans is dat een dief langskomt. Dit neemt naar zijn mening niet weg dat ook in het geval sprake is van een vaststaand gevaar, en de drempelvoorwaarde naar zijn mening dus geen zelfstandige betekenis heeft, beoordeeld moet worden of is voldaan aan de andere elementen van bewuste roekeloosheid.^[70] Janssen bepleit in een artikel in het *NTHR* in 2013 (in de lijn van Hammerstein en De Meij in 2011) dat het beter zou zijn als er meer ruimte komt voor het doorbreken van de aansprakelijkheidsbeperking in het vervoerrecht. Janssen neemt daartoe afstand van de drempelvoorwaarde in de huidige vorm. Hij pleit ervoor haar te vervangen door een weging van alle relevante omstandigheden van het geval, waarbij ook de mate van verwijtbaarheid en de aard en ernst van de (te verwachten) schade van belang zijn^[71] en voorts aan bod kan komen of de betreffende persoon instructies heeft genegeerd of veiligheidsvoorschriften heeft geschonden.^[72] Op die manier zou Nederland beter aansluiten bij de andere CMR-landen, waaronder Frankrijk. Janssen wijst erop dat in Frankrijk ingevolge nieuwe wetgeving de term *faute lourde* is vervangen door *faute inexusable*. Hieruit trekt hij de conclusie dat de schuldgraad in Frankrijk duidelijk zwaarder is geworden en het verschil met Nederland (dus) is verkleind.^[73] Claringbould zit echter op een ander spoor dan de zojuist genoemde auteurs. Hij heeft er in een bijdrage in het *NTHR* juist de nadruk op gelegd dat de huidige uitleg van het criterium van Uw Raad wel zorgt voor rechtszekerheid. Hij wijst erop dat er nu in Nederland relatief weinig over het leerstuk bewuste roekeloosheid hoeft te worden geprocedeerd.^[74] Hij voegt daaraan toe dat in het overzicht van rechtsvergelijking vaak wordt vergeten dat in België doorbreking alleen bij ‘opzet’ aan de orde komt. Verder heeft Claringbould herhaald dat de objectieve kansrekening geen zelfstandige betekenis heeft in het geval zeker is dat het gevaar bestaat (zoals bij het rijden door rood licht, of in het eerdergenoemde geval van het varen buiten betoning). Janssen heeft daar in een naschrift tegenin gebracht dat de toe te passen maatstaf naar zijn mening niet afhankelijk behoort te zijn van de casuïstiek. Dat zou juist wel het geval zijn wanneer de drempelvoorwaarde uitsluitend geldt indien sprake is van een vaststaand gevaar.^[75] Al deze in 2013 geuite kanttekeningen en kritiek met betrekking tot de toepassing van het criterium voor bewuste roekeloosheid zouden echter niet hebben voorgelegd bij de beoordeling van een in 2008 tijdig ingesteld cassatieberoep in de [betrokkene 1]-zaak.

Slotsom

4.29

Op grond van het vorenstaande kom ik tot de volgende – aan het begin van deze paragraaf reeds benoemde – vaststellingen over het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ in het vervoerrecht:

- (1) Uw Raad heeft in de 5 januari-arresten uitleg gegeven aan het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht;
- (2) uit het arrest [C]/AIG uit 2009 volgt dat de bewustheid mag worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden van het geval;
- (3) in de literatuur is kritiek geuit op de uitleg door Uw Raad van het begrip bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht. Daartoe is erop gewezen dat in onder meer Duitsland en Frankrijk minder hoge eisen worden verbonden aan het aannemen van (het equivalent van) bewuste roekeloosheid;
- (4) uit het arrest [E]/Traxys c.s. uit 2012 blijkt evenwel dat de kritiek niet heeft geleid tot een koerswijziging en dat Uw Raad de in de 5 januari-arresten aanvaarde uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid handhaaft. Ook op het arrest [E]/Traxys c.s. is kritiek geuit. Die kritiek dateert echter uit 2013 en had bij de beoordeling van een in 2008 tijdig ingesteld cassatieberoep in de zaak [betrokkene 1] (de situatie zonder de beroepsfout) niet kunnen worden betrokken.

4.30

Uit de rechtspraak van Uw Raad lijken de volgende contouren te volgen voor de beoordeling van een concreet feitencomplex. Bewuste roekeloosheid lijkt in beeld te komen als sprake is van een handeling waarvan ieder weldenkend persoon het evidente gevaar zal inzien. Een sprekend voorbeeld is het in Rusland afgeven van een lading aan een persoon die niet op de vrachtbrief staat en wiens identiteit niet is vastgesteld. Van bewuste roekeloosheid zal echter niet snel sprake zijn wanneer sprake is van een gevaar dat zich meestal niet zal verwezenlijken (zoals diefstal uit een afgesloten vrachtauto). In dat geval zal de drempel van het objectieve element (de objectieve kansrekening) immers niet worden gehaald. Bewuste roekeloosheid zal ook niet snel aan de orde komen als weldegelijk voorzorgsmaatregelen zijn getroffen teneinde het betreffende gevaar te voorkomen, maar die maatregelen achteraf onvoldoende blijken te zijn. In dat geval zal niet snel zijn voldaan aan het subjectieve element van bewuste roekeloosheid.

4.31

In deze zaak komt de toepassing van het criterium 'bewuste roekeloosheid' aan de orde in het kader van de beoordeling van een beroepsaansprakelijkheidskwestie. Hierna ga ik in op de vraag wat die context betekent.

5. De beroepsaansprakelijkheidsaspecten

5.1

In de onderhavige zaak staat vast dat de advocaten een beroepsfout hebben gemaakt door te laat een rechtsmiddel (hier: cassatieberoep) in te stellen. Het komt vervolgens aan op de vraag of de cliënt als gevolg van deze fout schade heeft geleden. Deze schadebegroting geschiedt door een vergelijking te maken tussen de huidige situatie *met* de beroepsfout en de hypothetische situatie *zonder* de beroepsfout.^[76.1]

5.2

Het is niet eenvoudig om aannemelijk te maken hoe een procedure zonder de beroepsfout zou zijn verlopen. Er is vaak onzekerheid over het causaal verband en de schade. Hiervoor zijn in de rechtspraak oplossingen ontwikkeld. Daarbij kunnen oplossingen volgens het klassieke alles-of-niets-stramien (die in de regel leiden tot toe- of afwijzing van de vordering) worden onderscheiden van tussenoplossingen die leiden tot toewijzing van een deel van de vordering.^[77.1] In dit geval heeft de rechtbank gekozen voor een tussenoplossing en het hof voor een alles-of-niets-benadering. Daarom zal ik nu kort stilstaan bij deze beide oplossingen.

5.3

Het gaat hier om een geval waarin de vraag is of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat de advocaat heeft verzuimd tijdig een rechtsmiddel in te stellen. Uit het *Baijings/mr. H*-arrest blijkt dat in een zodanig geval in beginsel moet worden beoordeeld hoe in de situatie zonder de beroepsfout zou zijn beslist, althans dat het toewijsbare bedrag moet worden geschat op basis van de goede en kwade kansen in de situatie dat het rechtsmiddel tijdig was aangewend. Uw Raad overwoog:^[78.1]

“5.2

(...) Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.”

5.4

Deze overweging is naar mijn mening als volgt te begrijpen. In beginsel moet de vraag of eiser schade heeft geleden bij een verzuim om tijdig een rechtsmiddel in te stellen worden beantwoord door te beoordelen hoe de rechter had behoren te beslissen (de zogenoemde 'trial within a trial'-methode). Daarbij moet in beginsel tot uitgangspunt worden genomen dat de rechter het recht juist zou hebben toegepast, tenzij er specifieke aanwijzingen bestaan dat deze tot een andere beslissing zou zijn gekomen.^[79.] Wanneer deze methode niet gehanteerd kan worden, bijvoorbeeld omdat onduidelijkheid bestaat over de feiten, is het mogelijk om het toewijsbare bedrag te schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad. Deze weging resulteert in het vaststellen van een kans, uitgedrukt in een percentage, dat de vordering zou zijn toegewezen ('verlies van een kans'-methode of ook wel kansschade-benadering). ^[80.]

5.5

In zijn conclusie voor het *Baijings/mr. H*-arrest heeft toenmalig A-G Bakels de beide opties ('trial within a trial' en verlies van een kans) mooi gepresenteerd. Volgens Bakels ligt in het geval van een zuivere rechtsvraag de 'trial within a trial'-methode het meest voor de hand. In zijn conclusie schrijft hij hierover het volgende:^[81.]

“3.5

Voordeel van de feitelijk/hypothetische methode is dat de werkelijk geleden schade zoveel mogelijk tot richtsnoer dient; nadelen zijn dat al op voorhand vaststaat dat naar een onbereikbaar doel wordt gestreefd, dat het resultaat alles of niets is hetgeen juist in dit soort kwesties nogal ongenueanceerd lijkt, dat de cliënt in beginsel de (zware) bewijslast van zijn stellingen draagt en ten slotte dat de procedure tussen andere partijen wordt gevoerd — cliënt en voormalig advocaat — dan het oorspronkelijke geschil, zodat de argumenten waarvan de aanvankelijke tegenpartij zich had kunnen en zullen bedienen, minder goed uit de verf komen. Voordeel van de normatief/schattende methode is met name dat daarin de bezwaren die aan de feitelijke methode kleven, worden ondervangen terwijl daarnaast wel wordt verdedigd dat dit type schades naar zijn aard bij voorkeur abstract dient te worden berekend (maar het omgekeerde is m.i. met dezelfde kracht pleitbaar); nadelen zijn dat die schatting per definitie precisie moet missen, terwijl de cliënt — bij gemotiveerde betwisting daarvan — tevens zal moeten aantonen dat zijn oorspronkelijke vordering verhaalbaar was geweest. Van een hier te lande heersende leer kan nog niet worden gesproken, maar naar het zich laat aanzien wint de laatste methode terrein. Mijn eigen opvatting, die ik hier niet verder uitwerk, is samen te vatten als: feitelijk waar mogelijk, normatief waar nodig, waartoe ik art. 6:97 BW analoog (causaliteit) dan wel rechtstreeks (schadeberekening) toepas. Een feitelijke (alles of niets) benadering is met name mogelijk waar de te beslissen kwestie een rechtsvraag is en/of over de feiten in de oorspronkelijke procedure geen geschil meer bestond. Aan de normatieve benadering is meer behoefte naarmate over de feiten minder duidelijkheid bestaat en/of het gemis van de verdere inbreng van de oorspronkelijke tegenpartij in de aansprakelijkheidsprocedure zwaarder weegt.”

5.6

In de onderhavige zaak zijn er bij de beoordeling van het verwachte verloop van de onderliggende procedure in de situatie 'zonder beroepsfout' een aantal onzekerheden. Als processtuk in cassatie is uitsluitend de cassatiedagvaarding uit 2008 beschikbaar. Er is geen schriftelijke toelichting van [betrokkene 1] en evenmin een conclusie A-G of een Borgersbrief. Verder moet de vraag naar de toenmalige stand van het recht worden beoordeeld. Daarbij valt te bedenken dat de huidige samenstelling van de Hoge Raad anders is dan in 2008. In het geval van vernietiging en verwijzing hadden partijen nog een memorie na verwijzing mogen indienen en (desverzocht) mogen pleiten. Ook daarvan kan nu geen kennis worden genomen. Deze onzekerheden waren kennelijk voor de rechtbank – anders dan voor het hof – aanleiding om de 'verlies van een kans'-benadering te volgen.

5.7

Ondanks de genoemde onzekerheden kan naar mijn mening wel betrekkelijk goed worden beoordeeld hoe de procedure zonder de beroepsfout zou zijn verlopen. Ik licht dat toe. In dit geval is door [verweerster] een cassatiedagvaarding uitgebracht en is dus duidelijk welke cassatieklachten [verweerster] in 2008 aan Uw Raad beoogde voor te leggen. Uw Raad heeft nadien in 2009 en 2012 arresten gewezen over de toepassing van het criterium 'bewuste roekeloosheid' in het vervoerrecht. Uit het in 2009 gewezen arrest *[C]/AIG* volgt dat de bewustheid mag worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden van het geval. Uit het arrest *[E]/Traxys c.s. (2012)* blijkt dat Uw Raad de in de 5 januari-arresten aanvaarde uitleg van het begrip bewuste roekeloosheid heeft gehandhaafd. De kritiek uit 2013 op het arrest *[E]/Traxys c.s.* zou bij de beoordeling van een in 2008 tijdig ingesteld cassatieberoep in de [betrokkene 1]-zaak niet kunnen worden betrokken. In een eventuele procedure na vernietiging en verwijzing hadden partijen in beginsel geen nieuwe stellingen kunnen betrekken.^[82.] De zaak moet immers worden beoordeeld in de stand waarin zij verkeerde, voordat de vernietigde uitspraak werd gewezen.^[83.] Het komt mij daarom voor dat de vraag hoe Uw Raad op de in 2008 geformuleerde cassatieklachten zou hebben beslist en hoe vervolgens – in het geval van een vernietiging – door het verwijzingshof zou zijn geoordeeld met een voldoende mate van zekerheid kan worden beantwoord. Het hof kon de zaak mijns inziens dan ook aan de hand van de 'trial within a trial'-methode beoordelen.

5.8

Op grond van het vorenstaande kom ik tot de volgende vaststellingen over de beroepsaansprakelijkheidsaspecten van de onderhavige zaak:

- (1) het gaat hier om de vraag in hoeverre [verweerster] schade heeft geleden als gevolg van het feit dat de advocaat heeft verzuimd tijdig een rechtsmiddel in te stellen;
- (2) in beginsel moet deze vraag worden beantwoord door te beoordelen hoe de rechter had behoren te beslissen (de 'trial within a trial'-methode). Wanneer deze methode niet gehanteerd kan worden – bijvoorbeeld omdat teveel onzekerheid bestaat over het verloop van de procedure – is het mogelijk om het toewijsbare bedrag te schatten aan de hand van de goede en kwade kansen (verlies van een kans-methode);
- (3) in de onderhavige zaak kan betrekkelijk goed worden beoordeeld hoe de procedure zonder de beroepsfout zou zijn verlopen. Daarom kon het hof in deze beroepsaansprakelijkheidszaak naar mijn mening toepassing geven aan de 'trial within a trial'-methode.

5.9

Hierna zal ik bespreken of de klachten gericht tegen het arrest van het hof in deze beroepsaansprakelijkheidszaak, tegen de achtergrond van de uitgangspunten die zijn beschreven in paragrafen 4 en 5 van deze conclusie, doel treffen.

5.10

Deze cassatieklachten richten zich kort gezegd tegen de volgende oordelen:

- het oordeel dat in het hypothetische geval tijdig cassatieberoep was ingesteld in de [betrokkene 1]-zaak had behoren te worden beslist dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het aannemen van bewuste roekeloosheid (*onderdelen 1 en 2 van het principaal cassatieberoep*);
- het oordeel dat het bedrag dat door de verzekeraars in het beperkingsfonds is gestort niet in mindering komt op de door de advocaten te betalen schadevergoeding (*onderdeel 3 van het principaal cassatieberoep*);
- het oordeel dat het ontbreken van een grief tegen de overweging dat [betrokkene 2] geldt als alter ego van [verweerster] een beroepsfout is, maar dat niet is gebleken dat die fout tot schade heeft geleid (*onderdeel 4 van het principaal cassatieberoep en onderdeel 1 van het incidenteel cassatieberoep*);
- het oordeel dat de keuze van [verweerster] om de zaak *Coby/Horn* te schikken, hoe begrijpelijk die keuze ook moge zijn, voor haar rekening en risico moet blijven (*onderdeel 2 van het incidenteel cassatieberoep*);
- het oordeel over de uitleg van de grieven 7 en 8 met betrekking tot de advocaatkosten en de buitengerechtelijke kosten (*onderdelen 3.1 en 3.2 van het incidenteel cassatieberoep*) en het oordeel dat [verweerster] niet voldoende heeft onderbouwd dat de uitkering van de verzekeraars niet zou strekken ter delging van deze kosten (*onderdeel 3.3 van het incidenteel cassatieberoep*).

5.11

Het gaat in deze cassatiezaak dus om vijf thema's: (1) bewuste roekeloosheid, (2) de storting in het beperkingsfonds, (3) de ontbrekende grief, (4) de schikking in de zaak *Coby/Horn* en (5) de advocaatkosten en de buitengerechtelijke kosten.

6. Beoordeling van het principaal cassatieberoep

6.1

Het principaal cassatiemiddel bevat vier onderdelen. Het eerste onderdeel (randnummers 1.1 tot en met 1.12) bestaat uit vier subonderdelen (1.a tot en met 1.d). Het tweede onderdeel (randnummers 2.1 tot en met 2.7) en het derde onderdeel (randnummers 3.1 tot en met 3.4) vallen niet in aparte subonderdelen uiteen. Dit geldt ook voor het voorwaardelijk ingestelde vierde onderdeel (randnummers 4.1 tot en met 4.3). De eerste twee onderdelen betreffen het thema *bewuste roekeloosheid*. Het derde onderdeel ziet op het thema *storting in het beperkingsfonds*. Het vierde onderdeel gaat over het thema *de ontbrekende grief*.

Bewuste roekeloosheid

6.2

Subonderdeel 1.a tot en met 1.c komen op tegen het oordeel in rov. 3.21-3.28 dat, bij afwezigheid van de beroepsfout, het verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat [verweerster] haar aansprakelijkheid jegens [betrokkene 1] wel had mogen beperken en dat [verweerster] derhalve haar schade mag verhalen op de advocaten.

6.3

In *subonderdeel 1.a* betogen de advocaten dat het hof niet zou hebben gerespondeerd op twee verweren waaruit ook zou volgen dat [verweerster] onbeperkt aansprakelijk was jegens [betrokkene 1]. Het gaat hierbij in de eerste plaats om het verweer dat [verweerster] sowieso onbeperkt aansprakelijk was op grond van de tussen [verweerster] en [betrokkene 1] van

toepassing zijnde Algemene Duwbakconditiën 1988.^[84.] In de tweede plaats gaat het hierbij om het verweer dat [verweerster] jegens [betrokkene 1] onbeperkt aansprakelijk was op grond van de positie van [verweerster] als werkgever en haar tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet.^[85.]

6.4

Bij de bespreking van subonderdeel 1.a is het volgende van belang.

6.5

In randnummer 4.4.1. van de conclusie van antwoord hebben de advocaten zich op het standpunt gesteld dat ook sprake is van onbeperkte aansprakelijkheid van [verweerster] in het hypothetische geval de Hoge Raad respectievelijk de verwijzingsrechter tot het oordeel zou komen dat [verweerster] niet bewust roekeloos heeft gehandeld. De advocaten hebben daartoe in randnummers 4.4.2.-4.4.16. van de conclusie van antwoord inderdaad betoogd dat [verweerster] op grond van de Algemene Duwbakconditiën 1988 hoe dan ook onbeperkt aansprakelijk zou zijn jegens [betrokkene 1] en dat [verweerster] jegens [betrokkene 1] onbeperkt aansprakelijk was op grond van de positie van [verweerster] als werkgever en haar tekortschieten in de verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet. Met deze verweren betogen de advocaten in essentie dat er geen causaal verband bestaat tussen de beroepsfout en de gestelde schade, omdat ook afgezien van de kwestie van de bewuste roekeloosheid zou zijn geoordeeld dat [verweerster] onbeperkt aansprakelijk is.

6.6

De rechtbank heeft aan die verweren geen kenbare aandacht besteed en heeft op basis van het debat over de vraag of sprake was van bewuste roekeloosheid geoordeeld dat er een kans was van 60% op een succesvolle cassatie en vervolgens een kans van 20% op een beslissing in het voordeel van [verweerster] in de verwijzingsprocedure (rov. 5.13.). In dat oordeel ligt een verwerping van de genoemde verweren besloten. In het dictum is daarop een gedeeltelijke toewijzing van het gevorderde gevolgd. De advocaten zijn immers veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van een bedrag van € 59.098,90.

6.7

De omvang van het hoger beroep wordt bepaald door de gronden en de memorie van grieven en de eventuele grieven in het incidenteel appel. De appelrechter krijgt de zaak ter behandeling voorgelegd binnen het door deze grieven ontsloten gebied. Op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel dienen binnen het door de grieven ontsloten gebied alle onbehandelde of verworpen stellingen of verweren van de geïntimeerde opnieuw te worden behandeld. Incidenteel hoger beroep is hiervoor niet nodig. De positieve zijde van de devolutieve werking van appel geldt echter niet buiten het gebied dat door de grieven wordt ontsloten.^[86.]

6.8

In de onderhavige zaak heeft [verweerster] principaal hoger beroep ingesteld. Het door het principaal hoger beroep ontsloten gebied betreft de afwijzing van het gevorderde voor zover dit het in eerste aanleg toegewezen bedrag van € 59.098,90 overstijgt. Het principaal hoger beroep ziet dus op de omvang van de schade. De genoemde verweren van de advocaten met betrekking tot de Algemene Duwbakconditiën en de positie van [verweerster] als werkgever strekken, zoals gezegd, in de kern ten betoge dat er geen causaal verband zou bestaan tussen de beroepsfout en de gestelde schade, omdat ook afgezien van de kwestie van de bewuste roekeloosheid zou zijn geoordeeld dat [verweerster] onbeperkt aansprakelijk is. Deze verweren maken dus geen deel uit van de door de principale grieven ontsloten rechtsstrijd over de omvang van de schade. Het beroep van de advocaten op (de positieve zijde van) de devolutieve werking van het appel treft dus geen doel. Dit brengt mee dat de genoemde verweren alleen deel uit zouden maken van de rechtsstrijd in hoger beroep als de advocaten tegen het passeren van die verweren een voldoende duidelijke incidentele grief hadden geformuleerd.

6.9

Het antwoord op de vraag of sprake is van een grief berust op een uitleg van de gedingstukken (in dit geval: de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel).^[87.] De advocaten hebben in randnummers 2.81.-2.82. van hun memorie van antwoord in het principaal appel tevens memorie van grieven in het incidenteel appel aan deze genoemde stellingen gerefereerd. Deze randnummers maken deel uit van de paragraaf 'Als antwoord in principaal appel'. De advocaten hebben in dat verband gesteld dat de rechtbank deze stellingen niet (kenbaar) in haar oordeel heeft betrokken en dat het hof deze stellingen op grond van de devolutieve werking in zijn beoordeling dient te betrekken.

6.10

Het hof heeft in deze memorie kennelijk geen grief gelezen die zich richt tegen het passeren van de bedoelde verweren. Subonderdeel 1.a betoogt niet dat deze lezing van die memorie onbegrijpelijk zou zijn. Overigens zou een zodanige klacht naar mijn mening ook vergeefs zijn, juist omdat de passage in de memorie van antwoord in het principaal appel tevens

houdende memorie van grieven in incidenteel appel over de bedoelde verweren deel uitmaakt van de paragraaf 'Als antwoord in principaal appel' en uit de memorie van antwoord in het incidenteel appel bovendien ook niet blijkt dat [verweerster] een incidentele grief over de verwerping van de genoemde verweren heeft ontwaard.^[88.]

6.11

Dit betekent dat *subonderdeel 1.a* vergeefs is voorgesteld.

6.12

Subonderdeel 1.b houdt in dat het oordeel van het hof in rov. 3.21-3.28 onjuist of onbegrijpelijk is in het licht van de volgende zeven feiten en omstandigheden:

- (a) [Verweerster] wist dat door een lading nat spuitend de v-vormige splijtbak, die geen mogelijkheid had om de lading droog te pompen, instabiel werd;^[89.]
- (b) Een splijtbak is door de v-vorm ervan al (veel) minder stabiel dan de traditionele onderlosser met u-vormige laadruimte. Bovendien veroorzaakt de lading half vloeibaar spuitend aanvullende instabiliteit. Verklaringen van betrokkenen duiden er dan ook op dat de splijtbak al bij een geringe aanraking kon kapseizen;^[90.]
- (c) Op geen enkel moment sinds de verwerving van de splijtbak, die door de vorige eigenaar uitsluitend was gebruikt voor het vervoer van stenen (droge en stabiele lading),^[91.] zijn stabiliteitsberekeningen uitgevoerd. Dat geldt ook voor het op 3 juni 1994 door de Scheepvaartinspectie afgegeven voorlopig certificaat van onderzoek, bij welk onderzoek [verweerster] het eerste ongeval in 1993 had verzwegen.^[92.] Het in 1987 op 14 centimeter vastgestelde vrijboord is na het tweede ongeval in 1994 op 40 centimeter vastgesteld;^[93.]
- (d) [Verweerster] wist niet of de instabiliteit van de splijtbak, die leidde tot het ongeval van 23 juni 1993 te wijten was aan de splijtbak zelf of aan overbelading/de wijze van belading hiervan, maar verklaarde te zijn uitgegaan van het laatste.^[94.] Als die verklaring juist is, is essentieel dat [verweerster] intern richtlijnen opstelde met betrekking tot de belading (het niet afsluiten van de overvloeiporten; geen balken in de denneboom),^[95.] maar [betrokkene 1] niet van deze instructie op de hoogte heeft gesteld.^[96.] Behoudens het opstellen van genoemde interne richtlijnen, heeft [verweerster] voor het overige geen maatregelen getroffen om een herhaling van het eerste ongeval te voorkomen;^[97.]
- (e) Met de wetenschap dat bij het plaatsen van de ijkmerken geen overwegingen ten aanzien van de (dynamische) stabiliteit worden gehanteerd,^[98.] heeft [verweerster] na het eerste ongeval geen nader onderzoek gedaan naar de stabiliteit van de splijtbak,^[99.] ondanks de aard en ernst van de risico's van kapseizen van de splijtbak voor materiële schade en letselschade voor betrokkenen;
- (f) Bij voortdurend gebruik onder dezelfde omstandigheden als bij het ongeval in 1993 was, mede gelet op het voorgaande, met grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten dat de splijtbak op enig moment weer zou kapseizen;^[100.]
- (g) Reeds tijdens de eerste vaart met nat spuitend sinds het ongeval in 1993 kapseisde de splijtbak weer.^[101.]

6.13

Volgens subonderdeel 1.b zou uit deze feiten en omstandigheden volgen dat (1) voor zover relevant, de kans van verwezenlijking van het gevaar groter was dan 50%, maar in ieder geval waarschijnlijk was in de zin van art. 8:1064 BW en (2) [verweerster] zich van deze kans op verwezenlijking van het gevaar bewust was, maar desondanks de instructies die de volgens haar meest waarschijnlijke oorzaak van het gevaar konden wegnemen, niet met [betrokkene 1] deelde. In dat licht kon het hof in rov. 3.23 niet volstaan met de opmerking dat uit de aldaar bedoelde rapporten geen kwantitatieve kansanalyse blijkt. Het hof behoorde in te gaan op de door de advocaten aangevoerde stellingen en diende op basis daarvan zelf een kansinschatting te geven van het risico dat de splijtbak daadwerkelijk zou kapseizen. Voorts zou het hof de stellingen van de advocaten met betrekking tot de inherente instabiliteit als oorzaak van het ongeval ontoelaatbaar beperkt hebben opgevat. Die stellingen houden in dat zowel het ontbreken van een pompmogelijkheid, als de vorm van de splijtbak en de 'half-vloeibaarheid' van de lading mede bepalend zijn voor de instabiliteit. Voor zover het hof dragende betekenis heeft toegekend aan de goedkeuring door en het certificaat van de Scheepvaartinspectie in 1994, heeft het hof de stellingen van de advocaten miskend dat [verweerster] had nagelaten het eerste ongeval van 23 juni 1993 aan de inspectie te melden en dat de Scheepvaartinspectie geen stabiliteitsberekeningen maakte.

6.14

Subonderdeel 1.b betoogt bovendien dat het oordeel in rov. 3.24-3.26 dat het verwijzingshof zou hebben geoordeeld dat niet aan het zogenoemde subjectieve criterium van art. 8:1064 BW is voldaan, ontoereikend is gemotiveerd in het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden. Dit oordeel zou verder voortbouwen op de ontoelaatbaar beperkte duiding van de stellingen over het gevaar van kapseizen. Ook zou het hof ten onrechte hebben nagelaten te verantwoorden waarom de combinatie van feitelijke omstandigheden, waaronder met name (i) de wetenschap van inherente instabiliteit van de v-vormige bak bij belading met nat zand zonder mogelijkheid van droogpompen, (ii) het nalaten stabiliteitsberekeningen te

doen én (iii) het geheel onbesproken gelaten verwijt dat [verweerster] de beweerde interne instructies omtrent overbelading/de wijze van beladen niet aan [betrokkene 1] heeft doorgegeven, geen roekeloosheid naar de maatstaf van art. 8:1064 BW oplevert.

6.15

Ik kom thans toe aan de bespreking van subonderdeel 1.b.

6.16

De in subonderdeel 1.b bestreden rechtsoverwegingen 3.21-3.28 bevatten de motivering van de beslissing dat het verwijzingshof in de situatie zonder de beroepsfout tot het oordeel had moeten komen dat niet is voldaan aan het criterium voor het aannemen van bewuste roekeloosheid en dat dus geen aanleiding bestaat voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking. Dat oordeel berust op twee zelfstandig dragende gronden: (1) dat uit de vaststaande feiten niet kan worden afgeleid dat het risico dat de splijtbak daadwerkelijk zou kapseizen als deze geladen is met nat zand groter is dan 50% (rov. 3.21-3.23) en (2) dat uit de vaststaande feiten niet kan worden afgeleid dat [verweerster] zich daarvan bewust is geweest (rov. 3.24-3.26). Deze beide gronden kunnen ieder het oordeel dragen dat het verwijzingshof had behoren te beslissen dat niet is voldaan aan het criterium voor bewuste roekeloosheid.

6.17

De in randnummer 6.12 genoemde stellingen (a), (c) en (e) hebben mede betrekking op de gestelde subjectieve bewustheid van [verweerster]. Stelling (a) houdt in dat [verweerster] wist dat door een lading nat spuitzand de v-vormige splijtbak, die geen mogelijkheid had om de lading droog te pompen, instabiel werd. Stellingen (c) en (e) betogen in essentie dat [verweerster] na het eerste ongeval nader onderzoek had moeten laten doen naar de stabiliteit van de splijtbak. Met stelling (d) wordt erop gewezen dat [verweerster] [betrokkene 1] niet op de hoogte heeft gesteld van de interne instructie over de belading.

6.18

Het hof heeft stelling (a) gewogen en te licht bevonden. Het hof heeft daartoe de volgende omstandigheden van betekenis geacht: (1) [betrokkene 2] heeft verklaard dat hij destijds uitging van overbelading als meest waarschijnlijk oorzaak van het kapseizen in 1993, (2) dit is in overeenstemming met het rapport van expertisebureau Velthuisen, opgemaakt naar aanleiding van dit ongeval, dat als oorzaak overbelading vermeldt, (3) het onderzoek dat de politie uitvoerde naar aanleiding van het ongeval heeft geen conclusie ten aanzien van de oorzaak opgeleverd en (4) ook uit de verklaring van bestuurder [betrokkene 4], afgelegd tegenover de politie, volgt dat deze zich niet bewust is geweest van een inherente instabiliteit (rov. 3.25). Deze omstandigheden zijn als zodanig niet bestreden. De omstandigheden kunnen het oordeel dragen dat [verweerster] ervan uitging dat overbelading de oorzaak was van het kapseizen in 1993 en dat zij zich niet bewust was van een inherente instabiliteit.

6.19

In dat licht kunnen ook stellingen (c) en (e) – [verweerster] heeft geen nader onderzoek gedaan naar de stabiliteit van de splijtbak – niet tot de slotsom leiden dat is voldaan aan het subjectieve element van bewuste roekeloosheid. [Verweerster] ging ervan uit dat overbelading de oorzaak was van het kapseizen van de splijtbak in 1993. Zij heeft in dat licht geen onderzoek gedaan naar een mogelijke inherente instabiliteit. Het ontbreken van dit onderzoek kan dan ook niet bijdragen aan de slotsom dat [verweerster] zich bewust was van een inherente instabiliteit. Het hof heeft dienovereenkomstig geoordeeld blijkens rov. 3.26:

“(…) Zelfs als zou kunnen worden betoogd dat zij [[verweerster], A-G], bij gebreke van zekerheid over de oorzaak van het kapseizen, onderzoek had moeten laten doen naar mogelijke inherente instabiliteit, kan het feit dat zij dit heeft nagelaten hooguit leiden tot vaststelling van enige mate van schuld. Uit de zogenoemde 5 januari-arresten blijkt echter dat het aankomt op de daadwerkelijke bewustheid bij degene die de aansprakelijkheidsbeperking inroept; niet op de vraag of deze zich bewust had behoren te zijn van het gevaar. In dit geval leiden bedoelde feiten en omstandigheden niet tot de conclusie dat [verweerster] zich – voorafgaande aan het ongeval in 1994 – bewust is geweest van het feit dat de kans dat de splijtbak zou kapseizen groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Aldus luidt de conclusie dat niet is voldaan aan het bovenvermelde criterium, zodat geen aanleiding bestaat voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking.”

6.20

In stelling (d) wordt vooropgesteld dat [verweerster] niet wist of de instabiliteit van de splijtbak, die leidde tot het ongeval van 23 juni 1993 te wijten was aan de splijtbak zelf of aan overbelading/de wijze van belading hiervan, maar verklaarde te zijn uitgegaan van dat laatste. De advocaten wijzen erop dat [verweerster] [betrokkene 1] niet op de hoogte heeft gesteld van de interne instructies ter voorkoming van overbelading. Deze stelling brengt de advocaten tot de conclusie dat [verweerster] zich heeft beperkt tot het opstellen van interne instructies en voor het overige geen maatregelen heeft getroffen om een

herhaling van het eerste ongeval te voorkomen. Deze stelling kan evenmin de conclusie dragen dat is voldaan aan het subjectieve element van bewuste roekeloosheid. Uit de stelling blijkt niet dat [betrokkene 1] betrokken was bij de belading van de splijtbak. Daarmee blijft onduidelijk waarom [verweerster] [betrokkene 1] op de hoogte had moeten stellen van haar interne instructies ter voorkoming van overbelading. Als [betrokkene 1] [verweerster] niet op de hoogte behoefde te brengen van de instructies, is dus ook niet relevant dat [verweerster] [betrokkene 1] niet over die instructies heeft geïnformeerd.

6.21

De stellingen (b), (f) en (g) zien uitsluitend op het eerste, objectieve element van bewuste roekeloosheid (de drempelvoorwaarde). Deze stellingen kunnen dus niet afdoen aan de overweging van het hof in rov. 3.24-3.26 dat de verwijzingsrechter in de situatie zonder de beroepsfout zou hebben geoordeeld dat niet is voldaan aan het tweede, subjectieve element van bewuste roekeloosheid. Die overweging kan zelfstandig het oordeel dragen dat het verwijzingshof in de situatie zonder de beroepsfout tot het oordeel had moeten komen dat niet is voldaan aan het criterium voor het aannemen van bewuste roekeloosheid. De stellingen over het eerste, objectieve element behoeven daarom bij gebrek aan belang geen bespreking.

6.22

Dit betekent dat *subonderdeel 1.b* geen doel treft.

6.23

In *subonderdeel 1.c* wordt aangedragen dat het hof onvoldoende zou zijn ingegaan op het betoog van de advocaten dat Uw Raad, gelet op de aard, de ernst en de risico's van het verzuim van [verweerster], het oordeel van het hof in de [betrokkene 1]-procedure zou hebben gesauveerd. Daartoe wijzen de advocaten op hun stelling dat de tekst van het [betrokkene 1]-arrest hiervoor ruimte gaf, omdat de aan de 5 januari-arresten^[102.] ontleende maatstaf in rov. 4.3 voorop was gesteld en op hun stelling dat Uw Raad zich mede zou hebben laten leiden door het waarschijnlijke resultaat in een verwijzingsprocedure.^[103.]

6.24

Bij de bespreking van dit subonderdeel stel ik het volgende voorop. Het subonderdeel richt zich tegen het oordeel in rov. 3.17-3.20 dat uit de motivering in het [betrokkene 1]-arrest niet blijkt dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren en dat Uw Raad dan ook tot cassatie had behoren over te gaan. Daartoe heeft het hof overwogen dat het enkele gebruik van de woorden 'gevaar' en zelfs 'het zeer aanzienlijke gevaar' er niet op wijzen dat het hof in het [betrokkene 1]-arrest voor ogen had dat sprake moest zijn van een kans dat dit gevaar zich zou verwezenlijken die aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren.

6.25

Subonderdeel 1.c brengt tegen deze overweging in dat in rov. 4.3 van het [betrokkene 1]-arrest wel de juiste maatstaf is vooropgesteld. In zoverre berust de klacht op een verkeerde lezing van het [betrokkene 1]-arrest. Rov. 4.3 bevat namelijk een weergave van de grieven die [verweerster] in deze zaak naar voren heeft gebracht.

6.26

In rov. 4.4 heeft het hof het navolgende overwogen over de hier toepasselijke maatstaf:

"Voor bewuste roekeloosheid is bewustheid van het gevaar van kapseizen bij [verweerster] [[verweerster], A-G] vereist. Voor het bewijs van die bewustheid kan worden volstaan met het stellen (en zonodig bewijzen) van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid kan worden afgeleid. (...)"

6.27

Uit deze algemene maatstaf volgt niet dat het hof in het [betrokkene 1]-arrest voor ogen heeft gestaan dat sprake moet zijn van een kans dat dit gevaar zich zou verwezenlijken die aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Dit blijkt - naar het hof in de onderhavige zaak terecht en onbestreden heeft geoordeeld - evenmin uit het gebruik van de woorden 'gevaar' (rov. 4.4 van het arrest van 22 mei 2008) en 'het zeer aanzienlijke gevaar' (rov. 4.5 van het arrest van 22 mei 2008). Ook verder blijkt uit het [betrokkene 1]-arrest niet dat het hof heeft onderzocht of de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. In de onderhavige zaak mocht het hof mijns inziens op die gronden oordelen dat uit de overwegingen van het hof in het [betrokkene 1]-arrest niet kan worden afgeleid dat het hof het in de jurisprudentie ontwikkelde criterium voor bewuste roekeloosheid heeft gehanteerd en dat Uw Raad dan ook tot cassatie had behoren over te gaan.

6.28

Subonderdeel 1.c verwijst bovendien naar de stelling dat Uw Raad zich mede zou hebben laten leiden door het

waarschijnlijke resultaat in een verwijzingsprocedure. Ook in zoverre kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden. In de onderhavige zaak heeft het hof immers geoordeeld dat de verwijzingsrechter tot een andere beoordeling had moeten komen dan in het [betrokkene 1]-arrest. De genoemde stelling zou daarom niet aannemelijker maken dat Uw Raad het arrest in de [betrokkene 1]-procedure in stand zou hebben gelaten. De juistheid van de stelling kan daarom in het midden blijven.

6.29

Dit betekent dat *subonderdeel 1.c* vergeefs is voorgesteld.

6.30

Het *eerste deel* van *subonderdeel 1.d* bouwt voort op de in randnummer 6.14 beschreven klacht van subonderdeel 1.b. In zoverre bevat subonderdeel 1.d geen zelfstandige klacht. Het tweede gedeelte van subonderdeel 1.d voert aan dat het hof in rov. 3.19-3.21 uitsluitend heeft geoordeeld over de vraag in hoeverre Uw Raad de cassatieklachten over het zogenoemde objectieve deelcriterium gegrond zou hebben bevonden, terwijl het hof in rov. 3.25-3.27 heeft beoordeeld of in een hypothetische verwijzingsprocedure anders zou zijn beslist over het zogenoemde subjectieve deelcriterium. Het arrest zou daarom onjuist of ontoereikend gemotiveerd zijn.

6.31

Bij de bespreking van dit tweede gedeelte van subonderdeel 1.d moet vooropgesteld worden dat de vernietiging van een uitspraak door Uw Raad tevens de beslissingen treft die voortbouwen op – of onlosmakelijk samenhangen met – de vernietigde beslissing.^[104.] In de onderhavige zaak heeft het hof geoordeeld dat Uw Raad de uitspraak in de [betrokkene 1]-zaak had behoren te vernietigen, omdat uit de motivering van het hof niet blijkt dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Het gaat hier dus om het eerste, objectieve element van bewuste roekeloosheid (de drempelvoorwaarde). Het oordeel van het hof in de [betrokkene 1]-procedure over het tweede, subjectieve element van bewuste roekeloosheid (de bewustheid) bouwt daar logisch op voort. In het [betrokkene 1]-arrest is in rov. 4.5 overwogen: “(...) dat het hof van oordeel [is] dat [verweerster] [[verweerster], A-G] zich bewust moet zijn geweest van het zeer aanzienlijke gevaar van kapseizen dat zij op 5 juli 1994 door het (doen) laden van de splijtbak met nat spuitzand in het leven riep, en zich hierdoor desondanks niet van dat gedrag heeft laten weerhouden.” Daarmee heeft het hof in de [betrokkene 1]-procedure dus niet onderzocht of [verweerster] zich ervan bewust was dat de kans dat het gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Daaruit volgt dat in de verwijzingsprocedure ook het tweede, subjectieve, element van bewuste roekeloosheid opnieuw ter beoordeling zou hebben voorgelegen.

6.32

Daarom slaagt *subonderdeel 1.d* evenmin.

6.33

Het *tweede onderdeel* komt op tegen rov. 3.17, 3.19, 3.20-3.21, 3.23 en 3.26. In die overwegingen zou het hof zijn uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het criterium ‘roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’ van (thans) art. 8:1064 BW. Het hof zou daarom ten onrechte hebben geoordeeld dat Uw Raad het [betrokkene 1]-arrest had behoren te vernietigen en dat het verwijzingshof had behoren te oordelen dat [verweerster] haar aansprakelijkheid mocht beperken. Daaraan wordt het volgende ten grondslag gelegd.

6.34

Sinds de arresten van 5 januari 2001 wordt het criterium ‘roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien’ – in de context van ladingdiefstal – als volgt uitgelegd. Van gedrag, dat als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien moet worden aangemerkt, is sprake, wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen (i) het objectieve deelcriterium dat de kans op verwezenlijking van het gevaar groter is dan de kans dat het gevaar zich niet zal verwezenlijken, (ii) het subjectieve deelcriterium dat de handelende of nalatende persoon zich daarvan bewust is en (iii) de omstandigheid dat deze persoon zich desalniettemin niet van zijn gevaarzettende gedrag laat weerhouden. Uit het arrest *[C]/AIG (2009)* volgt dat de subjectieve wetenschap kan worden afgeleid uit objectieve omstandigheden. In 2012 hanteerde Uw Raad – nog steeds in de context van ladingdiefstal – dezelfde uitleg van het criterium als in 2001. In de literatuur is, onder meer door Claringbould,^[105.] kritiek geleverd op de strengheid van het objectieve deelcriterium. Claringbould wijst op zaken waarin schade het gevolg is van het negeren van aanwijzingen over de vaarroute in verband met ondiepte of wrakken. Volgens de advocaten zou hetzelfde gelden voor het inzetten van een vervoermiddel voor een bepaald gebruik in de wetenschap dat het vervoermiddel voor dat gebruik niet (zonder verdere maatregelen) geschikt is. Zodanig gebruik kan één of meer keren

goed gaan, maar zal uiteindelijk verkeerd aflopen. In dergelijke gevallen zou moeten worden onderzocht of sprake is van roekeloosheid met de wetenschap dat schade waarschijnlijk is. De door het hof in de zaak [betrokkene 1] gehanteerde uitleg van art. 8:1064 BW zou daarom de juiste zijn voor gevallen als de onderhavige, waar sprake is van een vaststaand gevaar, dat inherent is aan (een bepaald gebruik van) het vervoermiddel, en waarvan waarschijnlijk is dat het zich zal verwezenlijken, maar onzeker is op welk moment dat gebeurt. De advocaten hebben verwezen naar vindplaatsen in hun processtukken.^[106.]

6.35

Bij de bespreking van het tweede onderdeel stel ik het volgende voorop. Het is correct dat aan het eerste objectieve element (de drempelvoorwaarde) van het criterium voor bewuste roekeloosheid in de visie van Claringbould geen zelfstandige betekenis toekomt wanneer het gaat om het negeren van aanwijzingen ten aanzien van de vaarroute van een schip. Claringbould wijst er daartoe op dat in dit geval zeker is dat het gevaar zich voordoet (het wrak *ligt* er; er *is* ondiepte), terwijl er in de diefstalzaken slechts een kans is dat een dief langskomt (hiervoor randnummer 4.28). Ook wanneer een vrachtwagenchauffeur door rood licht rijdt, staat volgens Claringbould vast dat het gevaar zich voordoet. Die redenering zou, hoewel het artikel van Claringbould daarop niet ziet, doorgetrokken kunnen worden naar de inzet van een vervoermiddel dat voor het betreffende vervoer ondeugdelijk is. In dat geval is eveneens sprake van een gevaar dat zich zeker voordoet. Claringbould benadrukt dat, ook wanneer sprake is van een gevaar dat zich zeker voortdoet en de drempelvoorwaarde naar zijn mening dus geen toepassing vindt, beoordeeld moet worden of is voldaan aan de andere elementen van bewuste roekeloosheid (hiervoor randnummer 4.28).

6.36

In de onderhavige zaak lag in de eerste plaats ter beoordeling voor hoe Uw Raad zou hebben geoordeeld in het hypothetische geval dat in 2008 tijdig cassatieberoep was ingesteld. Bij de beantwoording van die vraag behoefde het hof mijns inziens niet in te gaan op de opvatting van Claringbould. Uw Raad heeft bij de uitleg van het criterium 'bewuste roekeloosheid' in de *5 januari*-arresten (2001), het arrest [C]/AIG (2009) en het arrest [E]/Traxys c.s. (2012) geen onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin zeker is dat het gevaar zich voordoet en gevallen waarin slechts een kans bestaat dat het gevaar zich voordoet. De door de advocaten aangehaalde bijdrage van Claringbould dateert uit 2012 en zou bij de beoordeling van een in 2008 ingesteld cassatieberoep dus niet rechtstreeks hebben voorgelegen. Bovendien is in het [betrokkene 1]-arrest niet vastgesteld dat de duwbak inherent ongeschikt zou zijn voor het vervoer van nat spuitzand. Dat vloeit ook niet (voor [verweerder] en derden) kenbaar voort uit de gestelde feiten en omstandigheden. Om die redenen zou Uw Raad het hofarrest inzake [betrokkene 1] niet op grond van de opvatting van Claringbould in stand hebben gelaten. Ook anderszins brengt het arrest [C]/AIG mij niet tot de conclusie dat Uw Raad het hofarrest inzake [betrokkene 1] in stand zou hebben gelaten als hiertegen tijdig cassatie was ingesteld. Uit het arrest [C]/AIG volgt dat de subjectieve wetenschap kan worden afgeleid uit objectieve omstandigheden. Haak concludeert daaruit, mijns inziens op zich terecht, dat het cassatiemiddel in de zaak [betrokkene 1] geen doel zou hebben getroffen voor zover het aanvoert dat subjectieve wetenschap niet louter uit objectieve omstandigheden kan worden afgeleid (hiervoor randnummer 4.20). Dit laat echter onverlet dat het hof in het [betrokkene 1]-arrest de lat te laag heeft gelegd door te onderzoeken of sprake was van een (zeer) aanzienlijk gevaar van kapseizen. In het [betrokkene 1]-arrest had beoordeeld moeten worden of de kans dat dit gevaar zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Het tardieve cassatieberoep is – zo volgt uit de onbestreden vaststelling in rov. 3.15 over de inhoud van het cassatiemiddel – mede op die leest geschoeid. Het oordeel van het hof in deze beroepsaansprakelijkheidszaak dat Uw Raad op die grond tot cassatie had behoren over te gaan, acht ik daarom niet onjuist of onbegrijpelijk.

6.37

In de onderhavige zaak lag vervolgens ter beoordeling voor hoe het verwijzingshof zou hebben beslist. In de onderhavige zaak heeft het hof geoordeeld dat het verwijzingshof tot de conclusie had behoren te komen dat niet is voldaan aan het criterium voor het aannemen van bewuste roekeloosheid en dat dus geen aanleiding bestaat voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking. Dat oordeel berust op twee zelfstandig dragende gronden: (1) uit de vaststaande feiten kan niet worden afgeleid dat het risico dat de splijtbak daadwerkelijk zou kapseizen als deze geladen is met nat zand groter is dan 50% en (2) uit de vaststaande feiten kan niet worden afgeleid dat [verweerder] zich daarvan bewust is geweest (hiervoor randnummer 6.16). De opvatting van Claringbould ziet uitsluitend op de eerste dragende grond. Claringbould heeft immers benadrukt dat, ook wanneer sprake is van een gevaar dat zich zeker voortdoet en de drempelvoorwaarde naar zijn mening dus geen zelfstandige betekenis heeft, beoordeeld moet worden of is voldaan aan de andere elementen van bewuste roekeloosheid. Op de tweede dragende grond, die gaat over de subjectieve bewustheid, heeft de opvatting van Claringbould dus geen betrekking. Het hof heeft bij zijn oordeel over de subjectieve bewustheid niet miskend dat de subjectieve wetenschap kan worden afgeleid uit objectieve omstandigheden. Het oordeel van het hof houdt in dat de vaststaande feiten voor het verwijzingshof onvoldoende zouden zijn voor de slotsom dat is voldaan aan het tweede, subjectieve, element van bewuste roekeloosheid. Mijns inziens mocht het hof tot die feitelijke waardering komen. Deze

tweede grond houdt daarom naar mijn mening stand. Deze tweede grond kan zelfstandig het oordeel dragen dat het verwijzingshof tot de conclusie had behoren te komen dat geen sprake is van bewuste roekeloosheid. De klacht dat het hof de opvatting van Claringbould bij de eerste dragende grond had moeten betrekken, kan daarom bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

6.38

Het *tweede onderdeel* faalt daarom.

De storting in het beperkingsfonds

6.39

Het *derde onderdeel* richt zich tegen het oordeel in rov. 3.30-3.33 en 3.54-3.55 dat er geen betalingen zijn gedaan onder de verzekeringspolis die in mindering moeten worden gebracht op de schadevergoeding die [verweerster] vordert van de advocaten. De strekking van het onderdeel is niet hiertoe beperkt dat geen sprake is van roekeloosheid van de zijde van [verweerster] en dat [verweerster] daarom aanspraak heeft op de polis. De strekking van het onderdeel is mede dat indien [verweerster] in haar verhouding met [betrokkene 1] roekeloos handelde, het een aparte beoordeling vergt of dit ook in de verhouding tussen [verweerster] en de verzekeraars in de weg staat aan dekking.

6.40

Het onderdeel wordt als volgt toegelicht. Volgens de stellingen van zowel [verweerster] als de advocaten zou het bedrag dat de verzekeraars in het beperkingsfonds stortten tot vergoeding van schade strekken.^[107] In ieder geval zou tussen [verweerster] en de advocaten vast staan dat er ten minste dekking bestond ter hoogte van het beperkingsbedrag.^[108] In het licht van deze vaststaande feiten mocht het hof volgens de advocaten niet tot het oordeel komen dat (a) het standpunt van [verweerster] dat het gestorte bedrag aan haar toekwam ter compensatie van de schadevorderingen van [betrokkene 1] en Coby/Horn onjuist is en (b) het bedrag niet aan [verweerster] ten goede is gekomen (rov. 3.31). In het licht van de genoemde tussen partijen vaststaande feiten zou dit oordeel namelijk in strijd zijn met art. 24 Rv (het verbod op aanvulling van de feitelijke grondslag) en/of 149 Rv (de regel dat enerzijds gestelde en anderzijds onvoldoende gemotiveerd weersproken feiten vaststaan) althans onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd zijn. In randnummers 6.42-6.50 behandel ik deze stellingen. In dat kader zal ik bespreken of deze stellingen inderdaad in rechte vaststaan en of zij het oordeel van het hof in rov. 3.31 onjuist of onbegrijpelijk maken.

6.41

Het hof zou voorts ten onrechte niet zijn ingegaan op het beroep van de advocaten op voordeelsverrekening.^[109] Dit beroep op voordeelsverrekening houdt in dat het beperkingsbedrag een vergoeding van de verzekeraars aan [verweerster] zou behelzen in verband met de aansprakelijkheid van [verweerster] jegens [betrokkene 1] en Coby/Horn en dat dit beperkingsbedrag dus in mindering komt op de vordering van [verweerster] op de advocaten. In randnummers 6.51-6.52 ga ik in op de klacht dat het hof ten onrechte voorbij zou zijn gegaan aan het beroep op voordeelsverrekening. Ten aanzien van de dekkingsaanspraken boven het beperkingsbedrag geldt volgens de advocaten bovendien dat vastgesteld moet worden of in de verhouding tussen [verweerster] en de verzekeraars sprake was van bewuste roekeloosheid. Het arrest dat is gewezen tussen [verweerster] en [betrokkene 1] zou niet bepalend zijn voor de dekking van [verweerster] onder de polis, zodat met het [betrokkene 1]-arrest niet tevens over de gehoudenheid tot uitkering was beslist. Bovendien zou gelden dat, indien vaststaat dat het handelen van [verweerster] niet zodanig verwijtbaar was dat dit het beroep op de wettelijke beperking verhinderde, evenmin sprake zal zijn van grove schuld die een beroep op de polis verhinderde. In randnummers 6.53-6.54 zal ik deze klacht behandelen.

6.42

Ik kom eerst toe aan een bespreking van de in randnummer 6.40 genoemde stellingen die volgens de advocaten vaststaan.

6.43

In de eerste plaats staat volgens de advocaten tussen partijen vast dat het bedrag dat de verzekeraars in het beperkingsfonds stortten tot vergoeding van schade zou strekken. Die stelling laat echter, gezien de verdere stellingname van [verweerster] in de memorie van grieven, onverlet dat het hof mocht oordelen dat de rechtbank de storting in het fonds ten onrechte op de schadevergoeding in mindering heeft gebracht. Ik licht dat toe.

6.44

[Verweerster] heeft bij memorie van grieven aan de hand van de zaak [betrokkene 1] toegelicht dat het fonds niet kan worden aangewend voor claims die buiten de reikwijdte van het fonds vallen, bijvoorbeeld vanwege het doorbreken van de aansprakelijkheidslimiet. [Verweerster] heeft daartoe het volgende aangevoerd:

“146.

(...) [verweerster] [[verweerster], A-G] heeft er echter wel al bij het pleidooi bij de rechtbank op gewezen dat door het doorbreken van de limiet in de [betrokkene 1]-procedure, de [betrokkene 1]-claim buiten het fonds om kon/moest worden afgewikkeld en het fonds derhalve nog slechts ter beschikking stond van de resterende rechthebbenden daarop (zie de brief van mr. Lauxtermann van 17 december 2013 n.a.v. het buiten partijen om opgemaakte proces-verbaal van het pleidooi op 26 november 2013). Het fonds kan dan ook niet achteraf – ook niet gedeeltelijk – worden gebruikt om de [betrokkene 1]-claim mee te delgen, althans niet zolang de door [verweerster] vergoede schadebedragen en gemaakte kosten de opbrengsten (verre) overtreffen.”

6.45

Het hof heeft in rov. 3.30 dienovereenkomstig vastgesteld dat [verweerster] heeft geklaagd over het feit dat de rechtbank op de schadevergoeding (een deel van) het gestorte beperkingsbedrag in mindering heeft gebracht. Het hof heeft dat betoog gehonoreerd en daartoe overwogen dat art. 642s Rv erin voorziet dat de zekerheid van het fonds na het treffen van een regeling buiten het fonds vervalt en dat het gestorte bedrag moest worden uitgekeerd aan degene die de storting had verricht. Verder heeft het hof onbestreden vastgesteld dat in de zaak [betrokkene 1] en in de zaak *Coby/Horn* een regeling is getroffen buiten het fonds om. Daaruit volgt dat het fondsbedrag dus niet, zoals aanvankelijk was beoogd, voor de vergoeding van de schade is aangewend.

6.46

In de tweede plaats zou volgens de advocaten tussen partijen vaststaan dat er ten minste dekking bestond ter hoogte van het beperkingsbedrag. De advocaten hebben voor het standpunt van [verweerster] ter onderbouwing verwezen naar randnummer 21. sub I. en petitum sub II. van de inleidende dagvaarding en randnummers 145. en 181.-184. van de memorie van grieven. Dienaangaande geldt het volgende.

6.47

De randnummers 21. sub I. van de inleidende dagvaarding en 181.-184. van de memorie van grieven zien op de procedure van [verweerster] tegen de verzekeraars. Deze verwijzingen kunnen dus niet de slotsom dragen dat in de zaak tussen [verweerster] en de advocaten zou vast staan dat er ten minste dekking bestond ter hoogte van het beperkingsbedrag.

6.48

Het petitum sub II. van de inleidende dagvaarding luidt als volgt: “gedaagden I en II [de advocaten, A-G] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 1.039.000 aan eiseres ([verweerster], A-G) te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum van betaling van dit bedrag door eiseres aan [betrokkene 1] en Coby/Horn, onder aftrek van hetgeen gedaagden III t/m VIII [de verzekeraars, A-G] aan eiseres verschuldigd blijken te zijn”. In randnummer 145. van de memorie van grieven heeft [verweerster] naar de onbestreden vaststelling van het hof (rov. 3.32) tot uitdrukking gebracht dat zij ervoor kiest om van de advocaten slechts vergoeding te vragen van het deel van de schade dat niet, als gedekt onder de polis, door verzekeraars moet worden vergoed. Uit deze passages volgt evenmin dat [verweerster] zich op het standpunt zou hebben gesteld dat ten minste dekking bestond tot aan het beperkingsbedrag.

6.49

Tot slot verdient opmerking dat ook het standpunt van [verweerster] dat het in het fonds gestelde bedrag aan haar zou toekomen, ziet op de verhouding met de verzekeraars en niet op de verhouding met de advocaten. Dit bedrag is immers door de verzekeraars gestort. [Verweerster] heeft haar vordering met betrekking tot het fonds dan ook uitsluitend gericht tegen de verzekeraars. In het petitum onder III. van de memorie van grieven heeft [verweerster] gevorderd “te verklaren voor recht dat de schades van [betrokkene 1], Coby/Horn en de Staat als gevolg van het kapseizen van de VW VI op 5 juli 1994, gedekt zijn onder de Cascopolis met makelaarsnummer 068031-0102”. In randnummer 18. van de memorie van antwoord in incidenteel appel heeft [verweerster] deze eis tegen de verzekeraars als volgt vermeerderd: “(...) Met het oog hierop wordt de vordering van [verweerster] [[verweerster], A-G] zoals omschreven onder III in het petitum van de memorie van grieven, aangevuld met de subsidiaire vordering om te verklaren voor recht dat de gelden in het fonds tot het vermogen van [verweerster] behoren, althans materieel aan haar toebehoren. [Verweerster] vraagt akte van deze wijziging van eis!”. Deze vermeerdering van eis is door het hof afgewezen. In de verhouding tussen [verweerster] en de advocaten staat aldus evenmin vast dat het fonds zou toekomen aan [verweerster].

6.50

Het vorenstaande (randnummers 6.42-6.49 van deze conclusie) brengt mee dat de advocaten vergeefs opkomen tegen de oordelen van het hof dat (a) het standpunt van [verweerster] dat het gestorte bedrag aan haar toekwam ter compensatie van de schadevorderingen van [betrokkene 1] en Coby/Horn onjuist is en dat (b) het bedrag niet aan [verweerster] ten goede is gekomen (rov. 3.31). Deze oordelen zijn niet in strijd met art. 24 Rv en/of 149 Rv en zijn evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

6.51

De advocaten klagen voorts over het passeren van hun beroep op voordeelsverrekening. Zij wijzen in dat kader op randnummers 5.6.-5.7. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel. Daarin stellen zij:

“5.6.

Zonder nadere toelichting, die zijdens [verweerster] [[verweerster], A-G] niet is gegeven, valt niet in te zien dat het beperkingsbedrag niet in mindering zou mogen komen ‘*zolang de door [verweerster] vergoede schadebedragen en gemaakte kosten de opbrengsten (verre) overtreffen*’. De uitkering van Cascoverzekeraars behelst namelijk een vergoeding aan [verweerster] in verband met het verwezenlijkte risico van aansprakelijkheidsschade. De beroepsfout is daar niet van invloed op geweest en zodoende kan [verweerster] niet van de advocaten haar schade claimen zonder de uitkering van de Cascoverzekeraars daarop in mindering te brengen. Aldus Bloembergen: (...)

5.7.

Het voorgaande geldt, *mutatis mutandis*, ter zake de over het beperkingsbedrag verschenen wettelijke rente. Zulks behoeft, gelet op de beperkte aard van de ter zake door [verweerster] geformuleerde grief, geen nadere toelichting.”

6.52

Het beroep op voordeelsverrekening berust dus op het uitgangspunt dat het beperkingsbedrag een vergoeding van de verzekeraars aan [verweerster] zou behelzen in verband met de aansprakelijkheid van [verweerster] jegens [betrokkene 1] en Coby/Horn. Dit uitgangspunt is door het hof verworpen met zijn overweging dat de gestelde zekerheid verviel toen in beide zaken buiten het fonds om een regeling was getroffen en dat het gestorte bedrag toen moest worden uitgekeerd aan degene die de storting verrichtte (te weten de verzekeraars). Dit betekent dat het hof het beroep van de advocaten op voordeelsverrekening niet afzonderlijk behoefde te bespreken.

6.53

Tot slot hebben de advocaten naar voren gebracht dat ten aanzien van de dekkingsaanspraken vastgesteld moet worden of in de verhouding tussen [verweerster] en de verzekeraars sprake was van bewuste roekeloosheid. Het arrest dat is geweest tussen [verweerster] en [betrokkene 1] zou niet bepalend zijn voor de dekking van [verweerster] onder de polis, zodat met het [betrokkene 1]-arrest niet tevens over de gehoudenheid tot uitkering was beslist. Bovendien zou gelden dat, indien vaststaat dat het handelen van [verweerster] niet zodanig verwijtbaar was dat dit het beroep op de wettelijke beperking verhinderde, evenmin sprake is van grove schuld in de zin van de polis.

6.54

Ook in zoverre treft het onderdeel geen doel. De insteek van [verweerster] is dat zij in de procedure tegen de advocaten vergoeding vraagt van het deel van de schade dat niet, als gedekt onder de polis, door verzekeraars moet worden vergoed (rov. 3.32). In de zaak tussen [verweerster] en de verzekeraars is het hof tot het oordeel gekomen dat de verzekeraars zich met betrekking tot de schade van [betrokkene 1] terecht op grove schuld beroepen en dat de vordering van [verweerster] voor afwijzing gereed ligt (rov. 3.54). Dit betekent dat in de rechtsverhouding tussen [verweerster] en de verzekeraars is vastgesteld dat de aansprakelijkheid van [verweerster] voor de schade van [betrokkene 1] niet gedekt is onder de polis. De klacht faalt dus voor zover wordt betoogd dat niet in rechte zou zijn vastgesteld dat de verzekeraars met betrekking tot de schade van [betrokkene 1] terecht een dekkingsverweer voeren. De advocaten zijn bij de rechtsbetrekking tussen [verweerster] en de verzekeraars geen partij. De klacht treft dus ook geen doel voor zover wordt opgekomen tegen het inhoudelijke oordeel in de verhouding tussen [verweerster] en de verzekeraars. Het vorenstaande brengt mee dat het hof op goede gronden heeft geoordeeld dat op de vordering van [verweerster] jegens de advocaten aangaande de [betrokkene 1]-procedure geen vergoeding van de verzekeraars in mindering komt (rov. 3.55).

6.55

Op de voornoemde gronden faalt ook het *derde onderdeel*.

De ontbrekende grief

6.56

Uit rov. 3.11 van het arrest volgt dat in beginsel als een beroepsfout is te kwalificeren dat in het hoger beroep in de [betrokkene 1]-procedure niet is gegriefd tegen de vaststelling van de rechtbank dat het handelen van [betrokkene 2] heeft te gelden als handelen van [verweerster]. Het *vierde onderdeel* komt daartegen op. Dit onderdeel is ingesteld onder de voorwaarde dat [verweerster] met succes (incidenteel) cassatieberoep instelt tegen het oordeel van het hof dat uit het ontbreken van deze grief geen schade is voortgevloeid.

6.57

Volgens het onderdeel is het oordeel dat het ontbreken van de grief kwalificeert als beroepsfout onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd (i) in het licht van de vaststelling van het hof in rov. 3.12 dat [verweerster] niet heeft aangevoerd welke feitelijkheden zij had willen aanvoeren om te onderbouwen dat [betrokkene 2]'s handelen niet aan [verweerster] mocht worden toegerekend en (ii) omdat het hof niet kenbaar is ingegaan op de door de advocaten gevoerde verweren dat [verweerster] op dit punt haar klachtplicht heeft geschonden^[110] en dat de vordering verjaard is voor zover deze is gegrond op het verwijt over de ontbrekende grief.^[111]

6.58

Bij de beoordeling van het vierde onderdeel stel ik het volgende voorop. [Verweerster] is in onderdeel 1 van het incidenteel beroep opgekomen tegen het oordeel van het hof dat uit het ontbreken van deze grief geen schade is voortgevloeid. Naar mijn mening is die klacht op zichzelf gegrond, maar kan deze bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Ik licht dit in randnummers 7.5-7.7 van deze conclusie toe. Mijns inziens is dus niet voldaan aan de voorwaarde die aan het vierde onderdeel van het principaal beroep is verbonden.

6.59

Volledigheidshalve merk ik op dat het vierde onderdeel mij ook ongegrond voorkomt. Ik bespreek daartoe eerst de klacht dat het oordeel dat op het punt van de ontbrekende grief sprake is van een beroepsfout onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd zou zijn gezien de vaststelling dat [verweerster] niet heeft aangevoerd welke feitelijkheden zij had willen aanvoeren om te onderbouwen dat [betrokkene 2]'s handelen niet aan [verweerster] mocht worden toegerekend. Die klacht treft geen doel. Het hof heeft namelijk overwogen dat in het appel in de [betrokkene 1]-procedure niet zonder meer de overweging van de rechtbank had kunnen worden overgenomen in het geval een dergelijke grief was geformuleerd. In de [betrokkene 1]-zaak zou het naar het oordeel van het hof in dat geval zijn aangekomen op de conclusie die in het appel in de [betrokkene 1]-procedure zou zijn verbonden aan de vaststaande feiten dat [betrokkene 2] niet in dienst was van [verweerster] en bovendien slechts Hoofd Materieel was. Dit betekent dat de genoemde grief, ondanks het ontbreken van een verdere feitelijke onderbouwing, zinvol kon zijn.

6.60

Ook faalt de klacht dat het hof niet kenbaar is ingegaan op de door de advocaten gevoerde verweren dat [verweerster] op het punt van de ontbrekende grief haar klachtplicht heeft geschonden en dat de vordering in zoverre is verjaard. Deze verweren strekken ertoe dat het verwijt over de ontbrekende grief niet tot toewijzing van de vordering kan leiden. Het hof heeft overwogen dat op grond van de door [verweerster] gestelde feiten niet kan worden geconcludeerd dat de beroepsfout bestaande uit de ontbrekende grief tot schade heeft geleid (rov. 3.12). Het hof is dus al op een andere grond tot het oordeel gekomen dat het verwijt over de ontbrekende grief niet tot toewijzing van de vordering kan leiden. Daarom behoefde het hof niet tevens de andere tot afwijzing van die grondslag strekkende verweren te behandelen.

6.61

Op grond van het vorenstaande kom ik tot de slotsom dat alle klachten van het principaal cassatieberoep vergeefs zijn voorgedragen. Het principaal cassatieberoep zou naar mijn mening behoren te worden verworpen.

7. Beoordeling van het incidenteel cassatieberoep

7.1

De klachten in het incidenteel cassatieberoep bestaan uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel (randnummers 1.-15.) bevat geen afzonderlijke subonderdelen. Het tweede onderdeel (randnummers 16.-26.) valt in twee subonderdelen uiteen. Het derde onderdeel (randnummers 27.-47.) bestaat uit drie subonderdelen. Het eerste onderdeel gaat over het thema *de ontbrekende grief*. Het tweede onderdeel betreft het thema *de schikking in de zaak Coby/Horn*. Het derde onderdeel gaat over het thema *de advocaatkosten en de buitengerechtelijke kosten*.

De ontbrekende grief (vervolg)

7.2

Het *eerste onderdeel* keert zich tegen de overweging dat, ook wanneer op grond van een daartoe strekkende grief zou zijn geoordeeld dat het handelen van [betrokkene 2] niet aan [verweerster] kan worden toegerekend, daarmee bepaald niet vast staat dat het hof in de [betrokkene 1]-procedure had geoordeeld dat geen sprake is van bewuste roekeloosheid.

7.3

Het onderdeel strekt ten betoge dat dit oordeel zou getuigen van een onjuiste rechtsopvatting wanneer het hof heeft miskend dat het de aan [verweerster] toewijsbare schadevergoeding had moeten schatten aan de hand van de goede en

kwade kansen op een voor haar gunstiger uitslag in hoger beroep. Voorwaarde voor het toekennen van vergoeding op basis van de methode van 'verlies van een kans' (in het incidenteel cassatieberoep aangeduid als kansschade) zou volgens [verweerster] zijn dat er een reële kans op een gunstig resultaat heeft bestaan. Het hof is er volgens [verweerster] niet vanuit gegaan dat de kans op een beter resultaat in de [betrokkene 1]-procedure, na het slagen van de grief over [betrokkene 2], nihil of praktisch nihil was. Zij wijst in dat verband op de overweging van het hof dat 'bepaald niet vaststaat' dat het hof had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid en de constatering van het hof in rov. 3.11 dat het handelen van [betrokkene 2] bepalend is geweest voor het oordeel van zowel de rechtbank als het hof. Gelet hierop had het hof de omvang van de schade moeten begroten door de goede en kwade kansen te bepalen dat in de [betrokkene 1]-procedure na het slagen van de grief over [betrokkene 2] niet zou zijn aangenomen dat sprake is van bewust roekeloos handelen van [verweerster].

7.4

Verder zou het hof zijn uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting met zijn overweging in rov. 3.12 dat niet kan worden geconcludeerd dat het ontbreken van de grief tot schade heeft geleid. Het hof zou daarmee hebben miskend dat in de onderhavige procedure aannemelijk moet zijn dat het hof in de [betrokkene 1]-procedure, na het slagen van de grief over [betrokkene 2], had geconcludeerd dat er geen sprake was van bewuste roekeloosheid. Gelet daarop zou het hof in rov. 3.12 van zijn bestreden arrest, door zijn overweging dat *bepaald niet vaststaat* dat het hof in de [betrokkene 1]-zaak niet had geconcludeerd dat [verweerster] niet bewust roekeloos heeft gehandeld, te strenge eisen hebben gesteld aan de stelplicht van [verweerster]. Bovendien zou het oordeel onbegrijpelijk zijn in het licht van de overweging in rov. 3.11 dat in de [betrokkene 1]-procedure het handelen van [betrokkene 2] bepalend is geweest voor het oordeel van de rechtbank en het hof.

7.5

Bij de bespreking van dit onderdeel is allereerst van belang dat het hof met betrekking tot het belang van de rol van [betrokkene 2] onbestreden het volgende heeft overwogen:

“3.11

Het hof stelt voorop dat de kernvraag in de renvooiprocedure was of sprake was van bewuste roekeloosheid van de verzekerde, die vereist is om tot doorbreking van de, als uitgangspunt in de wet voorziene, aansprakelijkheidsbeperking te kunnen concluderen. Daarvoor diende de rechter het handelen van [verweerster] te toetsen aan het criterium zoals dat door de Hoge Raad is geformuleerd. De vraag welk handelen als het handelen van [verweerster] kan worden aangemerkt is daarbij vanzelfsprekend van cruciaal belang. In zoverre is de vraag of het handelen van [betrokkene 2] in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als het handelen van [verweerster] een centrale vraag in deze procedure. Met [verweerster] constateert het hof dat het handelen van [betrokkene 2] bepalend is geweest voor het oordeel van zowel de rechtbank als het hof. (...)

7.6

In de onderhavige zaak is het hof desondanks tot het oordeel gekomen dat op grond van de door [verweerster] gestelde feiten niet kan worden geconcludeerd dat deze beroepsfout tot schade heeft geleid. Het hof heeft daaraan ten grondslag gelegd dat ook als de grief wel zou zijn geformuleerd en gehonoreerd, bepaald niet vast staat dat het hof *niet* had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van de vennootschap en dat [verweerster] haar andersluidende betoog niet heeft toegelicht en dat zij meer in het bijzonder niet heeft gesteld wat zij daartoe in hoger beroep zou hebben aangevoerd. Het onderdeel betoogt terecht dat het hof daarmee te hoge eisen heeft gesteld aan de stelplicht van [verweerster]. In de [betrokkene 1]-procedure lag het op de weg van [betrokkene 1] om aan te tonen dat sprake was van bewuste roekeloosheid aan de zijde van [verweerster]. De rechtbank en het hof hebben dit beroep op bewuste roekeloosheid in de [betrokkene 1]-procedure gehonoreerd en hierbij beslissende betekenis toegekend aan het handelen van [betrokkene 2]. In het geval de genoemde grief was geformuleerd en doel had getroffen, zou het niet op de weg hebben gelegen van [verweerster] om aan te voeren waarom *geen* sprake is van bewuste roekeloosheid, maar op de weg van [betrokkene 1] om nader te adstrueren dat het handelen van [betrokkene 2] aan [verweerster] kan worden toegerekend en/of dat op een andere grond sprake is van bewuste roekeloosheid aan de zijde van [verweerster]. Het is niet gerechtvaardigd in deze beroepsaansprakelijkheidszaak hogere eisen te stellen aan de stelplicht van [verweerster] dan in de onderliggende procedure voor [verweerster] zouden hebben gegolden indien de beroepsfout niet zou zijn gemaakt.[\[112.\]](#) Daarom kan in de onderhavige beroepsaansprakelijkheidsprocedure niet van [verweerster] worden verlangd dat zij zou toelichten dat het hof *niet* zou hebben geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van [verweerster] en/of dat zij zou stellen wat zij daartoe in hoger beroep zou hebben aangevoerd.

7.7

Het eerste onderdeel van het incidenteel cassatieberoep kan echter bij gebrek aan belang niet tot cassatie en verwijzing leiden. Het formuleren van de grief zou er, zo stelt [verweerster] in deze beroepsaansprakelijkheidszaak, toe hebben geleid

dat het hof niet had geconcludeerd tot bewuste roekeloosheid aan de zijde van [verweerster]. In de onderhavige beroepsaansprakelijkheidszaak heeft het hof echter al geoordeeld dat, in het geval de beroepsfout van het overschrijden van de cassatietermijn niet zou zijn gemaakt, (na cassatie en verwijzing) zou zijn geoordeeld dat niet is voldaan aan het criterium van bewuste roekeloosheid, dat [verweerster] haar aansprakelijkheid wel had mogen beperken en dat [verweerster] derhalve haar schade als gevolg van de schikking met [betrokkene 1] op de advocaten mag verhalen. Dit betekent dat reeds de gehele schade als gevolg van de schikking met [betrokkene 1] op die grond voor vergoeding in aanmerking komt. Tegen dat oordeel wordt weliswaar opgekomen in het principaal cassatieberoep, maar naar mijn mening treffen die klachten geen doel. Bij die stand van zaken kan het slagen van het eerste onderdeel van het incidenteel cassatieberoep niet resulteren in een voor [verweerster] beter dictum. Dit onderdeel faalt daarom bij gebrek aan belang.

De schikking in de zaak Coby/Horn

7.8

Het *tweede onderdeel* is gericht tegen rov. 3.29 waarin is overwogen dat de keuze om de zaak tegen de eigenaren van Coby/Horn in der minne te regelen, een (begrijpelijke) keuze is die (niettemin) voor rekening en risico van [verweerster] moet blijven.

7.9

Volgens *subonderdeel 2.1* zou het hof blij hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het *condicio sine qua non*-verband door te beredeneren wat [verweerster] in de feitelijke situatie – uitgaande van de beroepsfout – ook had kunnen doen, en daarna te oordelen dat de (weliswaar alleszins begrijpelijke) keuze van [verweerster] om de zaak *Coby/Horn* te regelen voor haar eigen rekening blijft. Volgens het subonderdeel had het hof namelijk moeten beoordelen of [verweerster] de (respectievelijk dezelfde) schikking met de eigenaren van de *Coby/Horn* had getroffen als de fout wordt weggedacht. Althans zou niet begrijpelijk zijn waarom [verweerster] dezelfde schikking zou hebben getroffen in de *Coby/Horn*-zaak als in de [betrokkene 1]-procedure, indien het hof wel de grief over [betrokkene 2] had gehonoreerd respectievelijk had beslist dat er geen sprake is van bewuste roekeloosheid van [verweerster] dan wel de advocaten wel tijdig cassatieberoep hadden ingesteld en het verwijzingshof had beslist dat er geen sprake is van bewuste roekeloosheid van [verweerster].

7.10

Subonderdeel 2.1 faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft namelijk geoordeeld dat de keuze van [verweerster] om een schikking te treffen voor rekening en risico van [verweerster] dient te blijven. In dat oordeel ligt naar mijn mening niet (zonder meer) besloten dat volgens het hof geen *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de beroepsfout in de [betrokkene 1]-procedure en het treffen van de minnelijke regeling in de zaak *Coby/Horn*. Het hof gaat naar mijn oordeel niet uit van het ontbreken van dit *condicio sine qua non*-verband. Dit maak ik op uit de door het hof gekozen bewoordingen. Het oordeel dat de schikking voor rekening en risico van [verweerster] moet blijven, duidt immers niet op de voor de beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband kenmerkende 'wegdenktournure' (zou deze schikking ook zonder de beroepsfout zijn getroffen?). In de kern komt het oordeel hierop neer dat de schikking mede berust op een eigen keuze van [verweerster] en dat de beroepsfout niet noopte tot het maken van de keuze om in de zaak *Coby/Horn* een minnelijke regeling te treffen. Het oordeel van het hof berust mijns inziens dan ook op een toepassing van art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid).^[113] Dit betekent dat het hof niet behoefde te responderen op het betoog van [verweerster] dat zij de schikking niet (op dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten als in de zaak [betrokkene 1] in haar voordeel was beslist en dat er daarom *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de beroepsfout in de zaak [betrokkene 1] en de schikking inzake *Coby/Horn*.

7.11

Subonderdeel 2.2 gaat ervan uit het in rov. 3.29 gegeven oordeel erop berust dat de schade op grond van art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid) niet voor rekening van de advocaten komt. Volgens het subonderdeel heeft het hof dan blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, althans heeft het hof zijn oordeel dan onbegrijpelijk gemotiveerd door voorbij te gaan aan essentiële stellingen. In dat verband wordt betoogd dat het hof niet heeft gerepondeerd op de stellingen (i) tot en met (viii) en (x) uit de navolgende opsomming uit randnummers 124.-126. van de memorie van grieven:

- i. het feit dat Boekel (en Houthoff in de fase van het opstellen van de grieven tegen het rechtbankvonnis in de [betrokkene 1]-procedure) nimmer voor deze mogelijke uitkomst heeft (hebben) gewaarschuwd;
- ii. het feit dat [verweerster] in het verlengde hiervan nimmer is geadviseerd met het oog daarop reserveringen te treffen;
- iii. het feit dat [verweerster] ook nooit is gewaarschuwd voor de mogelijkheid dat Cascoverzekeraars zich ooit eens, zo nodig voor het eerst in rechte erop zouden kunnen beroepen dat de verzekerde som beperkt is tot het bedrag van de toepasselijke beperkingslimiet;

- iv. het feit dat met Coby/Horn afgesproken was de afloop van de [betrokkene 1]-procedure af te wachten;
- v. het feit dat Coby/Horn na het mislopen van de [betrokkene 1]-procedure om duidelijke redenen de druk begon op te voeren;
- vi. het (eigenlijk maatschappelijk onaanvaardbare) feit dat Boekel en Houthoff enerzijds en Cascoverzekeraars anderzijds, hoewel er zijdens [verweerster] alles aan werd gedaan om na zoveel jaren met alle betrokkenen een totaalregeling te treffen, zich maximaal afzijdig hielden;
- vii. het feit dat het ondanks de druk van *Coby/Horn* en ondanks alle juridische (HR “Traxys” was nog niet geweest) en feitelijke (met name door het tijdsverloop) dubia mogelijk bleek een alleszins redelijke regeling te treffen;
- viii. het feit dat doorprocederen in de *Coby/Horn*-procedure slechts beperkt soelaas zou bieden aangezien [betrokkene 1] op onmiddellijke betaling stond, (voor zover van [verweerster] te verwachten) tijdrekken vrijwel niet mogelijk was en Boekel & Houthoff enerzijds en Cascoverzekeraars anderzijds zelfs niet ten aanzien van alleen die post een regeling wilden treffen;
- ix. het feit dat door het enorme tijdsverloop, zeker afgezet tegen de afloop van de [betrokkene 1]-procedure, [verweerster] op alle fronten zodanig op achterstand stond, met name op het vlak van eventuele bewijslevering: verschillende getuigen waren al overleden (waaronder [betrokkene 2]!), gepensioneerd of verhuisd en documenten over het eerste kapseizoen waren nauwelijks meer te achterhalen, dat een poging bij het hof Amsterdam om in *Coby/Horn* een resultaat te boeken dat in [betrokkene 1] niet haalbaar was gebleken een verre van wenkend perspectief vormde, ook al omdat dan nog maar de vraag was wat daarna nog in cassatie haalbaar zou blijken; en
- x. het feit dat de (onverplichte!) procesfinanciering door de AVB-verzekeraars van [verweerster] met het mislukken van het cassatieberoep tot een einde kwam en [verweerster] dus zeer aanzienlijke kosten had moeten maken om de draad tegen *Coby/Horn* weer vrolijk op te nemen.

7.12

Daarmee kom ik toe aan een bespreking van de verschillende stellingen. De stellingen (i), (ii) en (iii) en (vi) betreffen verwijten van [verweerster] aan de advocaten in verband met een afzijdige houding en het ontbreken van adviezen en waarschuwingen over de risico's van deze zaak. Deze verwijten houden geen verband met de vraag of het treffen van de schikking in de zaak *Coby/Horn* in redelijkheid dient te worden toegerekend aan de vastgestelde beroepsfouten (overschrijding van de cassatietermijn en het ontbreken van een grief). De stellingen (iv), (v) en (viii) betogen in de kern dat de opstelling van *Coby/Horn* het zou bemoeilijken om in die zaak voort te procederen. Stelling (x) betoogt in essentie dat hervatting van de procedure tegen *Coby/Horn* kostbaar zou zijn. Deze beide argumenten zijn door het hof verworpen. Het hof overweegt in rov. 3.29 immers:

“(…) Nadat het hof in de [betrokkene 1]-zaak een voor [verweerster] ongunstig arrest had gewezen, dat als gevolg van de beroepsfout onherroepelijk was geworden, stond [verweerster] er niets aan [de] in de weg om in de zaak *Coby/Horn* voort te procederen. Dit had, gelet op de geproduceerde gedingstukken in de andere zaak, met betrekkelijk weinig moeite en tijd gepaard kunnen gaan. (…)”

Nu het argument over de opstelling van *Coby/Horn* en het argument over de kosten van het voortzetten van de procedure slechts in algemene termen naar voren zijn gebracht, acht ik dat oordeel niet onbegrijpelijk. Stelling (vii) houdt in dat een schikking kon worden bereikt die in de gegeven omstandigheden redelijk is. Die stelling ziet dus op de redelijkheid van de regeling en niet op de vraag of het treffen van de schikking in de zaak *Coby/Horn* in redelijkheid dient te worden toegerekend aan de vastgestelde beroepsfouten.

7.13

Het vorenstaande brengt mij tot de volgende slotsom. De overweging van het hof dat de keuze van [verweerster] om een schikking te treffen voor haar rekening en risico dient te blijven, berust mijns inziens op een toepassing van art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid). Het hof heeft naar mijn mening niet voorbij gezien aan stellingen over omstandigheden die in het kader van de toerekening naar redelijkheid relevant kunnen zijn.

7.14

Subonderdeel 2.2 faalt dus eveneens.

De advocaatkosten en de buitengerechtelijke kosten

7.15

Het *derde onderdeel* is gericht tegen rov. 3.34-3.36 waarin het hof heeft geoordeeld (1) dat de rechtbank, anders dan [verweerster] aanvoert, heeft beslist op de vorderingen inzake de advocaatkosten en (2) dat de advocaatkosten die [verweerster] in de [betrokkene 1]-procedure heeft gemaakt niet door de advocaten behoeven te worden vergoed aangezien [verweerster] onvoldoende heeft onderbouwd dat, en op grond waarvan, de AVB-verzekering – waarbij [verweerster] kennelijk het oog heeft op de aansprakelijkheidsdekking van de cascoverzekering (hiervoor randnummer 1.3)^[114.]– niet zou

strekken ter delging van de door haar gevorderde kosten.

7.16

Subonderdeel 3.1 betreft de uitleg van grief 7. [Verweerster] betoogt dat zij in deze grief niet alleen is opgekomen tegen het ontbreken van een beslissing van de rechtbank over de gevorderde advocaatkosten die betrekking hebben op de procedure tegen de verzekeraars. [Verweerster] zou in deze grief ook gemotiveerd hebben aangevoerd dat de gevorderde vergoeding voor de proceskosten in hoger beroep alsnog moet worden toegewezen.^[115.] De advocaten zouden inhoudelijk zijn ingegaan op de stelling van [verweerster] dat de gevorderde advocaatkosten niet vallen onder art. 241 Rv.^[116.] In dat licht zou onbegrijpelijk zijn dat het hof in de memorie van grieven niet mede heeft gelezen dat de rechtbank ten onrechte de vordering tot vergoeding van de proceskosten die [verweerster] heeft gemaakt in de procedure tegen de verzekeraars heeft afgewezen.

7.17

Subonderdeel 3.2 ziet op de uitleg van grief 8. [Verweerster] voert aan dat zij met grief 8 niet alleen heeft geklaagd over de beslissing van de rechtbank in rov. 5.28 dat de uitkering van de verzekeraars in mindering moet worden gebracht op de gevorderde advocaatkosten. Met deze grief zou [verweerster] namelijk ook hebben geklaagd over:

- i. de beslissing van de rechtbank in rov. 5.25 dat [verweerster] had moeten onderbouwen dat zij kosten heeft gemaakt die op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW voor vergoeding in aanmerking komen;^[117.]
- ii. de beslissing van de rechtbank in rov. 5.27 dat de kosten die [verweerster] heeft gemaakt om met de eigenaars van Coby/Horn een schikking te bereiken, niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat causaal verband ontbreekt tussen de gemaakte beroepsfout en de schikking met de eigenaars van Coby/Horn;^[118.]
- iii. de beslissing van de rechtbank in rov. 5.23 dat de gevorderde vergoeding wegens de *in rechte* in de zaken tegen [betrokkene 1] en Coby/Horn gemaakte kosten niet toewijsbaar is;^[119.]
- iv. de beslissing van de rechtbank dat de gevorderde vergoeding wegens advocaatkosten in de zaak tegen de Staat en de kosten voor de procedure om vrijgave van het beperkingsfonds te bewerkstelligen niet toewijsbaar zijn.^[120.]

7.18

Volgens [verweerster] zouden de advocaten inhoudelijk op deze onderdelen van de grief zijn ingegaan.^[121.] In het licht daarvan is volgens [verweerster] onbegrijpelijk dat het hof in grief 8 niet mede de genoemde bezwaren sub (i) tot en met (iv) heeft gelezen.

7.19

Bij de bespreking van subonderdelen 3.1 en 3.2 is van belang dat de uitleg van een grief in beginsel is voorbehouden aan de feitenrechter en slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst (vergelijk hiervoor randnummer 6.9 en de in voetnoot 87 genoemde vindplaatsen). Over de uitleg van grief 7 merk ik het volgende op.

7.20

De integrale zevende grief van [verweerster] luidt als volgt:

“GRIEF VII

De rechtbank heeft ten onrechte geen beslissing genomen op de vordering van [verweerster] [[verweerster], A-G] inhoudende dat de volledige kosten van de procedure tegen Cascoverzekeraars ten laste van Boekel & Houthoff [de advocaten, A-G] moeten worden gebracht.

Toelichting

148. De rechtbank heeft ten onrechte niet op deze vordering beslist. Bij het pleidooi is [verweerster] nota bene nog uitdrukkelijk ingegaan op het hiertegen door Boekel & Houthoff gevoerde verweer (pleitnotities [verweerster] sub 9 / 11). Vanzelfsprekend wordt deze vordering gehandhaafd.”

7.21

Het hof heeft met betrekking tot deze grief overwogen dat de rechtbank wel op deze vorderingen heeft beslist. Het hof heeft er daartoe op gewezen dat de advocaatkosten in de onderhavige zaak zijn afgewezen, nu door de advocaten onweersproken en terecht is gesteld dat deze kosten worden vergoed door middel van het systeem van de forfaitaire proceskostenveroordeling. Verder heeft het hof erop gewezen dat de rechtbank wat de overige proceskosten betreft heeft overwogen dat deze reeds zijn gemaakt en aldus begroot kunnen worden en dat de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat, uitgaande van de door [verweerster] opgegeven specificatie van € 38.735,56, de door [verweerster] ontvangen uitkering van de AVB-verzekeraars dit bedrag verre overstijgt (rov. 3.35). Die vaststellingen zijn in cassatie als zodanig onbestreden.

7.22

De cassatieklacht houdt in dat [verweerster] met deze grief ook inhoudelijk zou zijn opgekomen tegen het genoemde

oordeel van de rechtbank. In het aangehaalde randnummer 148. staat slechts dat de vordering wordt gehandhaafd. Het hof behoefde in die passage naar mijn mening geen gemotiveerd bezwaar tegen het vonnis te lezen, in die zin dat is toegelicht waarom de advocaatkosten niet worden vergoed door middel van het systeem van de forfaitaire proceskostenveroordeling. In de cassatiedagvaarding wordt ook niet aangewezen welk specifiek bezwaar in dat verband in randnummers 102. en 120. (die beide betrekking hebben op de onderbouwing van grief 1) naar voren zou zijn gebracht. Het aangehaalde randnummer 6.5. van de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel van de advocaten behoefde het hof naar mijn mening evenmin tot een ander oordeel te brengen. In randnummers 6.4. en 6.5. van die memorie hebben de advocaten namelijk juist gewezen op het ontbreken van een grief van [verweerster] over de proceskosten:

“6.4.

Gelet op het feit dat de rechtbank wel degelijk heeft geoordeeld over de door [verweerster] [[verweerster], A-G] gevorderde volledige proceskostenveroordeling en de door [verweerster] geformuleerde grief ten onrechte stelt dat zulks *niet* het geval zou zijn geweest, heeft te gelden dat – nu [verweerster] niet (gemotiveerd) heeft gegriefd tegen het in rechtsoverweging 5.23 van het vonnis vervatte oordeel van de rechtbank – in het kader van dit hoger beroep vaststaat dat [verweerster] geen vergoeding kan claimen van de advocaatkosten die zij heeft gemaakt in de procedure tegen de Cascoverzekeraars.

6.5.

Een andere opvatting ligt overigens ook niet in de rede[n], aangezien op die manier – in lijn met het oordeel van de rechtbank – het stelsel van de forfaitaire proceskostenvergoeding eenvoudig omzeild zou kunnen worden, hetgeen voor (proces)partijen het recht op toegang tot de rechter te zeer zou kunnen belemmeren en daarmee artikel 6 EVRM in het gedrang zou komen.”

7.23

Subonderdeel 3.1 treft op voornoemde gronden geen doel.

7.24

Dan kom ik toe aan de bespreking van *subonderdeel 3.2*.

7.25

Subonderdeel 3.2 onder (i) strekt ten betoge dat onbegrijpelijk is dat het hof in grief 8 niet heeft gelezen dat wordt opgekomen tegen de beslissing dat [verweerster] had moeten onderbouwen dat zij kosten heeft gemaakt die op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW voor vergoeding in aanmerking komen.

7.26

Die klacht faalt op de navolgende gronden. Art. 6:96 lid 2 sub c BW bepaalt dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen de redelijke kosten ter verkrijging van een voldoening buiten rechte. De gevorderde kosten moeten dan wel van een toereikende specificatie worden voorzien.^[122.]

7.27

Grief 8 richt zich onder meer tegen de overweging waarin de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat [verweerster] had moeten onderbouwen dat zij kosten heeft gemaakt die op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW voor vergoeding in aanmerking komen. Het cassatiemiddel wijst voor de onderbouwing naar randnummer 150. van de memorie van grieven. In deze passage is het navolgende vermeld:

“150.

Kort samengevat ging het hierbij om de volgende kwesties: (i) de omvang van de [betrokkene 1]-claim moest plotseling behandeld en beoordeeld worden; (ii) er moesten maatregelen tegen de executie-maatregelen van [betrokkene 1] worden genomen; (iii) de haalbaarheid van verder procederen tegen [betrokkene 1] moest worden beoordeeld, (iv) de haalbaarheid en wenselijkheid van het reactiveren van de zaak tegen Coby/Horn moest worden beoordeeld; (v) de beroepsaansprakelijkheidsclaim op Boekel & Houthoff moest worden beoordeeld; (vi) hiertoe moest een correspondentiedossier van vier ordners worden doorgeploegd, evenals de procesdossiers in alle limiterings- en renvooi-procedures, waaronder niet alleen de onderhavige maar ook die bij de rechtbank Rotterdam hadden gelopen; (vii) dit alles in het licht van het feit dat het hier ging om een proefprocedure waar de hele natte advocatuur naar uitkeek, maar waar het dus niet ging om een beantwoorde rechtsvraag, en dan wel in de context van een mislukte cassatie; (viii) het dossier over de Cascodekking moest worden opgebouwd (Boekel bleek niet over de complete polis te beschikken, die moest door AON van microfiches worden afgedrukt en dit dossier moest worden beoordeeld; (ix) daarnaast dienden er gesprekken en onderhandelingen met de eventueel betalende kant (Cascoverzekeraars, BA-verzekeraars van Boekel & Houthoff, AVB-verzekeraars) en de claimende kant ([betrokkene 1], Coby/Horn en de Staat) te worden opgetuigd, voorbereid en gevoerd en (x) uiteindelijk dienden de onderhavige procedures te worden gevoerd.”

7.28

De kwesties (i) tot en met (viii) en (x) hebben geen betrekking op kosten die zijn gemaakt ter verkrijging van een betaling van de advocaten buiten rechte. De stelling (ix) over het optuigen van gesprekken en onderhandelingen met de eventueel betalende kant en de claimende kant is in zeer algemene bewoordingen gesteld. In die stelling behoefde het hof niet een toereikend gemotiveerd bezwaar te lezen tegen de overweging dat [verweerster] onvoldoende heeft onderbouwd dat zij kosten heeft gemaakt die op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW voor vergoeding in aanmerking komen.

7.29

Overigens faalt de klacht ook bij gebrek aan belang. Uit het oordeel van het hof volgt dat het van de AVB-verzekeraars ontvangen bedrag (€ 175.000) afgetrokken dient te worden van de verhaalbare advocaatkosten (rov. 3.35-3.36). Die overweging wordt in subonderdeel 3.3 bestreden, maar mijns inziens vergeefs (hierna randnummer 7.39). Die verhaalbare advocaatkosten bedragen, uitgaande van de door [verweerster] opgegeven specificatie, € 38.735,56 (vonnis, rov. 5.28., onbestreden). [Verweerster] vordert als buitengerechtelijke kosten in totaal € 101.081,91 (memorie van grieven, randnummer 96.). Ook als die buitengerechtelijke kosten integraal toewijsbaar zouden zijn én worden opgeteld bij de gespecificeerde advocaatkosten wordt het door de verzekeraars uitgekeerde bedrag van € 175.000 niet overschreden.

7.30

Subonderdeel 3.2 onder (ii) betoogt dat onbegrijpelijk is dat het hof in grief 8 niet heeft gelezen dat wordt opgekomen tegen de beslissing dat de kosten die [verweerster] heeft gemaakt om met de eigenaren van de Coby/Horn een schikking te bereiken niet voor vergoeding in aanmerking komen. Deze klacht berust op een verkeerde lezing van het arrest. In rov. 3.29 heeft het hof na het oordeel dat de keuze voor schikking in de zaak *Coby/Horn* voor rekening en risico van [verweerster] moet blijven, overwogen: “Grief 2 faalt daarmee en dat geldt tevens voor grief 8 voor zover die ziet op de advocaatkosten verband houdend met de schikking in de zaak *Coby/Horn*.”

7.31

Subonderdeel 3.2 onder (iii) bepleit dat onbegrijpelijk is dat het hof in grief 8 niet heeft gelezen dat is opgekomen tegen de beslissing van de rechtbank in rov. 5.23. dat de gevorderde vergoeding wegens de *in* rechte in de zaken tegen [betrokkene 1] en Coby/Horn gemaakte kosten niet toewijsbaar is. Daartoe wordt louter verwezen naar de volgende passage in randnummer 155. van de memorie van grieven: “In dit verband dient eerst te worden nagegaan of, en zo ja, in hoeverre de *volledige* kosten van beide procedures door [verweerster] als schade kunnen worden verhaald.” (cursivering toegevoegd door cassatieadvocaat [verweerster]). Die passage maakt mijns inziens niet voldoende inzichtelijk op welke grond [verweerster] bezwaar heeft tegen het oordeel van de rechtbank dat de advocaatkosten die [verweerster] maakt in de onderhavige procedure worden vergoed middels het systeem van de forfaitaire proceskostenvergoeding.

7.32

Subonderdeel 3.3 onder (iv) verdedigt dat onbegrijpelijk is waarom het hof uit grief 8 niet heeft begrepen dat wordt opgekomen tegen de beslissing van de rechtbank dat de gevorderde vergoeding wegens advocaatkosten in de zaak tegen de Staat en de kosten van de procedure om vrijgave van het beperkingsfonds te bewerkstelligen niet toewijsbaar is. [Verweerster] heeft daartoe verwezen naar randnummers 96. en 153. van de memorie van grieven. Randnummer 96. vermeldt voor zover relevant:

“(…) Hieronder volgt een overzicht van de verschillende schadeposten: (…)

Kosten rechtsbijstand (…)

(viii) zaak tegen de Staat ad € 2.006,05

(ix) vrijgave beperkingsfonds ad € 9.744,69”

7.33

Randnummer 153. van de memorie van grieven luidt als volgt

“150.

Gezien de wijze waarop de rechtbank deze post heeft afgedaan, heeft [verweerster] [[verweerster], A-G] zich genoodzaakt gezien thans alle nota's en urenspecificaties in het geding te brengen (productie 20). Voor het gemak van Uw College zijn alle losse punten getotaliseerd in overzichten (productie 19). [Verweerster] meent hiermee aan haar stelplicht te hebben voldaan, maar is bereid een nadere toelichting te verschaffen indien dat nodig wordt geacht.”

7.34

Deze passages maken niet inzichtelijk waarom de vordering tot vergoeding van advocaatkosten in de zaak tegen de Staat en de kosten van de procedure om vrijgave van het beperkingsfonds ten onrechte niet zou zijn toegewezen. De klacht faalt

dus.

7.35

Overigens faalt de klacht ook bij gebrek aan belang op de gronden die zijn genoemd in randnummer 7.29. Ook als de genoemde bedragen van € 2.006,05 en € 9.744,69 toewijsbaar zouden zijn en worden opgeteld bij de gevorderde buitengerechtigde kosten (€ 101.081,91) en de gespecificeerde advocaatkosten (€ 38.735,56) wordt het door de verzekeraars uitgekeerde bedrag van € 175.000 niet overschreden.

7.36

[Verweerster] heeft in cassatie ten slotte nog naar voren gebracht dat de advocaten inhoudelijk op de sub (i) tot en met (iv) genoemde onderdelen van de grief zouden zijn ingegaan. Zij verwijzen daartoe in algemene zin naar randnummers 7.12.-7.16. van de memorie van antwoord in principaal appel tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel. Die randnummers beslaan vier bladzijden. Zij bevatten in de kern een betwisting van de feitelijke stellingen die [verweerster] ter onderbouwing van grief 8 heeft aangevoerd, maar identificeren niet de door [verweerster] thans gestelde vier onderdelen van de grief.

7.37

Dit betekent dat *subonderdeel 3.2* geen doel treft.

7.38

Subonderdeel 3.3 betreft het oordeel dat [verweerster] onvoldoende heeft onderbouwd dat, en op grond waarvan, de uitkering van de verzekeraars niet strekt ter delging van de hier gevorderde advocaatkosten. Met die overweging zou het hof hebben miskend dat de uitkering door de verzekeraars op grond van art. 6:43 lid 2 BW eerst wordt toegerekend aan de meest bezwarende verbintenis, die niet is de verbintenis tot vergoeding van de op de advocaten 'verhaalbare advocaatkosten'. Volgens [verweerster] had het hof, met toepassing van art. 6:43 lid 2 BW, moeten onderzoeken aan welke verbintenis van de verzekeraars hun betaling moest worden toegerekend. Bij de beantwoording van de vraag aan welke verbintenis de uitkering onder algemene titel van de verzekeraars moest worden toegerekend, had het hof te onderzoeken welke verbintenis de meest bezwarende was, althans welke de oudste was, waarna de betaling in de eerste plaats aan de desbetreffende verbintenis had moeten worden toegerekend. Verder zou het hof eraan voorbij hebben gezien dat het standpunt dat de advocaatkosten die [verweerster] in de [betrokkene 1]-procedure heeft gemaakt niet op de advocaten kunnen worden verhaald, omdat deze schade reeds door een uitkering van de verzekeraars is vergoed, een bevrijdend verweer is, ter zake waarvan op de advocaten stelplicht en bewijslast rustten. Dit zou temeer gelden nu – naar het hof ook in rov. 3.36 constateert – volgens [verweerster] de uitkering van de verzekeraars in de eerste plaats dient ter delging van de kosten die voor rekening van [verweerster] zijn gebleven.

7.39

Ook deze klacht is vergeefs voorgedragen. De regel van art. 6:43 lid 2 BW is van aanvullend recht.^[123] De door [verweerster] in dit geval bepleite toepassing van de regel van art. 6:43 lid 2 BW vergt een feitelijke beantwoording van de vraag welke verbintenis de meest bezwarende was. In cassatie wordt niet gewezen op stellingen uit de feitelijke instanties die hierop betrekking hebben. In cassatie kan niet voor het eerst een beroep worden gedaan op een rechtsregel die niet kan worden beoordeeld zonder een nader onderzoek van feitelijke aard.^[124] Daarop stuit *subonderdeel 3.3* af.

7.40

Op grond van het vorenstaande kom ik tot de slotsom dat het eerste onderdeel van het incidenteel beroep niet tot cassatie kan leiden en dat de andere klachten van het incidenteel cassatieberoep vergeefs zijn voorgedragen. Het incidenteel cassatieberoep zou naar mijn mening behoren te worden verworpen.

8. Afronding

8.1

Dit brengt mij tot de volgende afronding met betrekking tot de in cassatie voorliggende thema's:

- *bewuste roekeloosheid*: in het licht van de 5 januari-arresten en de arresten [C]/AIG en [E]/Traxys c.s. mocht het hof tot het oordeel komen dat in het hypothetische geval, dat tijdig cassatieberoep was ingesteld in de [betrokkene 1]-zaak, had behoren te worden beslist dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het aannemen van bewuste roekeloosheid;
- *de storting in het beperkingsfonds*: het hof mocht gezien de gedingstukken op de voet van art. 642s Rv oordelen dat de storting in het beperkingsfonds niet ten goede is gekomen aan [verweerster], [betrokkene 1] en/of Coby/Horn.
- *de ontbrekende grief*: mijns inziens slaagt de klacht van [verweerster] tegen het oordeel van het hof dat

onvoldoende is gebleken dat er is schade is voortgevloeid uit het ontbreken van de grief over de rol van [betrokkene 2]. Bij deze klacht bestaat echter geen belang, omdat het hof al heeft geoordeeld dat, in het geval de beroepsfout van het overschrijden van de cassatietermijn niet zou zijn gemaakt, (na cassatie en verwijzing) zou zijn geoordeeld dat niet is voldaan aan het criterium van bewuste roekeloosheid en dat [verweerster] derhalve haar schade als gevolg van de schikking met [betrokkene 1] op de advocaten mag verhalen. De voorwaardelijke klacht van de advocaten tegen het oordeel dat op dit punt sprake is van een beroepsfout behoeft dan ook geen behandeling;

- *de schikking in de zaak Coby/Horn*: de overweging van het hof dat de keuze van [verweerster] om een schikking te treffen voor haar rekening en risico dient te blijven, berust op een toepassing van art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid). Het hof gaat dus niet uit van het ontbreken van *condicio sine qua non*-verband. De klacht dat het hof ten onrechte voorbij zou zijn gegaan aan het betoog over het bestaan van *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de beroepsfout en de schikking, mist daarom feitelijke grondslag. Verder heeft het hof niet voorbij gezien aan (essentiële) stellingen van [verweerster] over omstandigheden die in het kader van de toerekening naar redelijkheid relevant kunnen zijn;
- *de advocaatkosten en de buitengerechtelijke kosten*: het hof heeft geen onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de grieven van [verweerster] op dit punt. Het beroep van [verweerster] op art. 6:43 lid 2 BW (over de toerekening van betalingen) faalt, omdat in cassatie niet voor het eerst een beroep kan worden gedaan op een rechtsregel die een onderzoek van feitelijke aard vergt.

9. Conclusie

De conclusie strekt zowel in het principaal cassatieberoep als in het incidenteel cassatieberoep tot verwerping.

Voetnoten

[\[2.\]](#)

De feiten zijn ontleend aan de onbestreden vaststellingen in rov. 2.1-2.16 van Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4632, *NJF* 2017/168. Het hof heeft deze feitenweergave gebaseerd op de eveneens onbestreden feitenvaststelling in rov. 3.1.-3.9. en 3.11.-3.13. van het vonnis van 28 mei 2014. Ik merk volledigheidshalve op dat een gedeelte van hetgeen in rov. 3.10. van dat vonnis is vastgesteld in hoger beroep wel is bestreden.

[\[3.\]](#)

Volgens Van Dale is de dennenboom, of kortweg den, de opstaande rand in het dek om de laadruimte op binnenschepen.

[\[4.\]](#)

De uitspraken in de beroepsaansprakelijkheidszaak vermelden dat de duwsleepboot 'Acturus' heet. Uit de verdere gedingstukken en de uitspraken in de onderliggende procedure blijkt evenwel dat de duwsleepboot 'Arcturus' is genaamd.

[\[5.\]](#)

Dit voorlopige karakter is inherent aan een procedure tot beperking van aansprakelijkheid op de voet van art. 320c Rv (oud) (thans art. 642c Rv) zoals hier aan de orde is. Bij betwisting van een vordering of betwisting van het beroep op beperking van de aansprakelijkheid verwijst de rechter-commissaris naar een renvooiprocedure (destijds art. 320q Rv en thans art. art. 642q Rv). Zie uitvoerig randnummer 4.4.

[\[6.\]](#)

Hof Amsterdam 12 mei 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:BE9948, S&S 2008/94.

[\[7.\]](#)

Volgens Van Dale is een ijkmerk een teken dat bij het ijken wordt ingeslagen of ingebrand.

[\[8.\]](#)

Art. 740e WvK (oud) maakte deel uit van de regeling beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen en bevatte een identieke bepaling over bewuste roekeloosheid als in art. 951e WvK (oud) specifiek voor de binnenvaart was verrat. Zie [Kamerstukken II 1986-1987, 19 768, nr. 2](#) (kort gezegd voorstel wijziging regeling beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen).

[\[9.\]](#)

De weergave van de vordering in eerste aanleg (randnummer 2.3) is mede ontleend aan rov. 3.1 van het arrest. De samenvatting van de grondslag van de vordering (randnummers 2.4-2.6) is gebaseerd op rov. 4.2.1.-4.2.3. van het vonnis. De samenvatting van het verweer is terug te voeren op rov. 5.1., 5.14., 5.16., 5.19., 5.20., 5.25., 5.26. en 5.28. van het vonnis. De beschrijving van de vorderingen en het procesverloop in hoger beroep (randnummers 2.17, 2.18 en 2.20-2.22) is ontleend aan rov. 1. van het arrest. De weergave van de principale grieven 1-6 en 9-13 en de incidentele grieven (randnummers 2.19 en 2.21) is gebaseerd op rov. 3.3-3.5 van het arrest. De vaststellingen van het hof over de reikwijdte van grieven 7 en 8 van het principaal appel zijn in onderdeel 3 van het incidenteel cassatieberoep bestreden. Daarom is de omschrijving van het hof van deze grieven niet overgenomen en is gekozen voor een (zeer) globale beschrijving van die grieven.

[\[10.\]](#)

De reden van deze (zeer) globale beschrijving van grieven 7 en 8 is te vinden in voetnoot 9.

[11.]

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257 m.nt. P.A. Stein.

[12.]

Volgens Van Dale is het vrijboord de afstand van het diepgangsmark tot het (boven)dek.

[13.]

HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 m.nt. Jac. Hijma.

[14.]

Zie over deze rol van de rechter in een beroepsaansprakelijkheidszaak als 'loco-cassatierechter' en 'loco-verwijzingsrechter' HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, *NJ* 2001/431 m.nt. J.B.M. Vranken en Th.M. de Boer (*Advocatenmaatschap X/Mr. Overes*) en recent Hof Den Haag 16 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:5.

[15.]

Wet van 31 oktober 1996, houdende invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996/548 en Besluit van 27 november 1996, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 31 oktober 1996 tot invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek (*Stb.* 548), *Stb.* 1996/585.

[16.]

[Kamerstukken I 1987-1988, 19 770, nr. 204](#), p. 2-4 (wijziging regeling beperking aansprakelijkheid van eigenaren van binnenschepen).

[17.]

Verdrag van Straatsburg inzake de beperking van aansprakelijkheid in de binnenvaart (CLNI) van 4 november 1988, *Trb.* 1989/43. De afkorting CLNI staat voor ' *Convention sur la limitation de la responsabilité en navigation intéri.*' In 2012 is het CLNI-verdrag herzien. Dit herziene verdrag is door Nederland nog niet geratificeerd. Verwacht wordt echter dat dit op korte termijn zal geschieden. Zie daarover en over de verschillen tussen het CLNI 1988 en het CLNI 2012 R.W.J.M. te Pas en H.P. de Jong, 'CLNI-Verdrag 1988/2012', *De Beursbengel* 2018, p. 21-23. Zie over de beperking van de aansprakelijkheid in het CLNI 2012 onder (veel) meer T. Hacksteiner, *Travaux Préparatoires des Budapesters Übereinkommens über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt (CMNI)*, Zutphen: Paris 2014, p. 321-348.

[18.]

Verdrag van Londen inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen (LLMC) van 19 november 1976, *Trb.* 1980/23 en 1984/31. De afkorting LLMC staat voor ' *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims*'.

[19.]

Protocol van 2 mei 1996 tot wijziging van het Verdrag inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen, *Trb.* 1997/300. Dit protocol is in Nederland goedgekeurd bij Rijkswet van 7 oktober 2010, *Stb.* 2010/782. De inwerkingtreding van het Protocol in Nederland is geregeld in de Wet van 21 februari 2009 tot aanpassing van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de toetreding door het Koninkrijk tot het op 2 mei 1996 te Londen tot stand gekomen Protocol van 1996 tot wijziging van het op 19 november 1976 te Londen tot stand gekomen Verdrag inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen, *Stb.* 2009/162. De datum van inwerkingtreding van het Protocol in Nederland is opgenomen in het Besluit van 25 november 2010 houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 21 februari 2009 tot aanpassing van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de toetreding door het Koninkrijk tot het op 2 mei 1996 te Londen tot stand gekomen Protocol van 1996 tot wijziging van het op 19 november 1976 te Londen tot stand gekomen Verdrag inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen (*Stb.* 2009, 162), *Stb.* 2010/794.

[20.]

Zie hierover mijn conclusie voor HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2622, *RvdW* 2017/1103 (*X/Liander*), randnummers 3.8-3.9 en R. Cleton, *De beperkte aansprakelijkheid van de scheepseigenaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 131-140.

[21.]

Wet van 31 oktober 1996, houdende invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996/548 en Besluit van 27 november 1996, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 31 oktober 1996 tot invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek (*Stb.* 548), *Stb.* 1996/585.

[22.]

[Kamerstukken I 1987-1988, 19 770, nr. 204](#), p. 6 (wijziging regeling beperking aansprakelijkheid van eigenaren van binnenschepen).

[23.]

Tot 1 januari 1997: art. 1 lid 1 sub a, b en c en art. 2 lid 1 van het Besluit van 19 februari 1990 ter uitvoering van art. 951f Wetboek van Koophandel, *Stb.* 1990/96. Per 1 januari 1997: art. 1 lid 1 sub a, b en c en art. 2 lid 1 van het Besluit van 29 november 1996 ter uitvoering van artikel 1065 van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996/587. Zie over de limitatiefondsen onder (veel) meer K.F. Haak en R. Zwitser, *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2015, p. 248-249 en R. Cleton, *De beperkte aansprakelijkheid van de scheepseigenaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 110-121. In het kader van de beperking van de aansprakelijkheid van de reder van een zeeschip worden een personenfonds, een zakenfonds, een wrakkenfonds en een passagiersfonds onderscheiden (art. 8:755 en 8:756 BW en art. 6 en 7 van het Verdrag van Londen). Zie over de vraag of voor het inroepen van een beperking terzake van een regresvordering voor hulpverlening en bergingswerkzaamheden het stellen van een wrakkenfonds is vereist HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:140, *RvdW* 2018/221 (*MS Amasus/ELG Haniel Trading c.s.*) en HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:142, *RvdW*

[\[24.\]](#)

Tot 1 januari 1997: art. 1 lid 1 onder a sub 6 en onder c juncto lid 3 van het Besluit van 19 februari 1990 ter uitvoering van art. 951f Wetboek van Koophandel, *Stb.* 1990/96 en per 1 januari 1997: art. 1 lid 1 onder a sub 6 en onder c juncto lid 3 van het Besluit van 29 november 1996 ter uitvoering van artikel 1065 van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996/587.

[\[25.\]](#)

SDR staat voor ' *Special Drawing Rights*'. SDR is een internationale monetaire waarde die wordt gebaseerd op de koers van de Amerikaanse dollar, de euro, de Japanse yen, het Britse pond sterling en (sinds 2016) de Chinese yuan in een door het Internationaal Monetair Fonds vastgestelde weging. Zie <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR>.

[\[26.\]](#)

Zie over de historie en ratio van de bevoegdheid van de scheepseigenaar om zijn aansprakelijkheid te beperken meer in randnummers 2.2-2.6 van de conclusies van mijn ambtgenoot De Bock voor HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:140, *RvdW* 2018/221 (*MS Amasus/ELG Haniel Trading c.s.*) en voor HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:142, *RvdW* 2018/220 (*Eitzen Chemical/E.O.C. Onderlinge Schepenverzekering c.s.*).

[\[27.\]](#)

H.J.S.M. Langbroek, 'Enkele opmerkingen inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen en wettelijke rente', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2010, p. 89-93 onder verwijzing naar [Kamerstukken II 2008-2009, 31 425, nr. 3](#), p. 3 (Memorie van Toelichting bij aanpassing van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de toetreding van het Koninkrijk tot het op 2 mei 1996 te Londen tot stand gekomen protocol tot wijziging van het Verdrag inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen), K.F. Haak en R. Zwitter, *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2015, p. 245, W. van der Velde, *De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2006, p. 329 en R. Cleton, *De beperkte aansprakelijkheid van de scheepseigenaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 6â€•

[\[28.\]](#)

Het begrip '(bewuste) roekeloosheid' wordt op diverse rechtsgebieden (waaronder het arbeidsrecht, het verzekeringsrecht en het verkeersaansprakelijkheidsrecht) verschillend uitgelegd. Zie hierover in uiteenlopende zin I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek, (I) en (II, slot)', *WPNR* 6569 en 6570 (2004), p. 193-198 en 209-213, K.F. Haak, 'Intro bewuste roekeloosheid: uniformiteit of pluriformiteit', in K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-11 en T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 6646 (2005), p. 953-954.

[\[29.\]](#)

[Kamerstukken I 1987-1988, 19 770, nr. 204](#), p. 4 (wijziging regeling beperking aansprakelijkheid van eigenaren van binnenschepen).

[\[30.\]](#)

Wet van 31 oktober 1996, houdende invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1996/548 en Besluit van 27 november 1996, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 31 oktober 1996 tot invoeging van de titels 7 en 12 in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek (*Stb.* 548), *Stb.* 1996/585.

[\[31.\]](#)

M.H. Claringbould, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 8, Verkeersmiddelen en vervoer*, Deventer: Kluwer 1992, p. 680 (Memorie van Toelichting).

[\[32.\]](#)

R. Cleton, *De beperkte aansprakelijkheid van de scheepseigenaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 74.

[\[33.\]](#)

Hof Den Haag 25 februari 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AK3720, *S&S* 1998/38 (*Wado*).

[\[34.\]](#)

Zie bijvoorbeeld HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Knabbel en Babbel*), HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *NJ* 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/ [..]*) en HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, *NJ* 2010/371 (*Vitesse*). Zie ook HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2936, *NJ* 2000/33 m.nt. P.A. Stein (*Bolckmans/Van den Broek*).

[\[35.\]](#)

Zie daarover – overigens buiten de context van het vervoerrecht – HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *NJ* 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2016/325 m.nt. B.M. Katan, *Ondernemingsrecht* 2017/7 m.nt. S.M. Bartman en *JIN* 2016/225 m.nt. G.J. de Bock (*Resort of the World/Maple Leaf*), randnummers 4.66-4.68 van de conclusie A-G voor deze uitspraak met verwijzing naar HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, *NJ* 2005/576 (*P&F Project Furniture/P e.a.*), Asser/J.M.M. Maeijer & M.J. Kroeze, *De rechtspersoon*, deel 2-I*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 93, K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss., Deventer: Kluwer 2012, nr. 5.2.7, S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid voor leidinggevend*, diss., Deventer: Kluwer 2009, nr. 2.4.1, M.L. Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', in L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57-70, R.P.J.L. Tjittes, 'Wat weet een organisatie?', *NTBR* 2001, p. 168-178, R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', Deventer: Kluwer 2001, nr. 9 en B.M. Katan, 'Toerekening van kennis aan rechtspersonen: een vuistregel voor 'standaardgevallen'', *WPNR* 7039 (2014), p. 1081-1087. Zie voorts HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832, *RvdW* 2009/1404 en *JA* 2010/15 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart (*Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid*).

[\[36.\]](#)

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308, NJ 2001/391 m.nt. K.F. Haak.

[\[37.\]](#)

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, NJ 2001/392 m.nt. K.F. Haak.

[\[38.\]](#)

Zie over deze arresten onder meer uitvoerig N.B. Hillebrand, 'Gekwalificeerde schuld in het vervoerrecht: een subjectief criterium', *NTBR* 2001, p. 340 e.v., N.B. Hillebrand, 'Bewuste roekeloosheid: nu als een bewijsprobleem', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2001, p. 204 e.v., K.F. Haak en F.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-22, M.A.I.H. Hoeks, 'Opgelegde bescherming in het Nederlandse vervoerrecht', in F.G.M. Smeele en M.A. Verburgh (red.), *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Bju 2010, p. 243-244 en M.L. Hendrikse, N.J. Margetson en T.M. Maters, 'Doorbreking van de bescherming van de CMR-vervoerder', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2007, p. 37-38. Overigens wordt bij de uitleg van het begrip 'grove schuld' in de Loodsenwet hetzelfde criterium gehanteerd: HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4731, NJ 2000/429 m.nt. K.F. Haak (*UAP-Nieuw Rotterdam Schade/Van Woudenberg*).

[\[39.\]](#)

Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR) van 19 mei 1956, *Trb.* 1957/84 en *Trb.* 1961/48. De afkorting CMR staat voor ' *Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route*' .

[\[40.\]](#)

Verdrag van 12 oktober 1929 tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (Verdrag van Warschau), *Stb.* 1933/365.

[\[41.\]](#)

Protocol tot stand gekomen te 's Gravenhage op 28 september 1955 tot wijziging van het te Warschau op 12 oktober 1929 ondertekende Verdrag (ratificatie Nederland 28 juli 1960, *Stb.* 1960/325).

[\[42.\]](#)

Zie voor deze achtergrond onder meer conclusie A-G Strikwerda voor HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, NJ 2001/392 m.nt. K.F. Haak (*[CJ/Philip Morris c.s.]*), randnummers 10-11 en 14, conclusie A-G Koopmans voor HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0073, NJ 1991/596 (*Regionaal Ziekenfonds Zwolle/De Vries BV*), randnummer 6, F.J. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 165-176 en H. Drion, *Limitation of Liabilities in International Air Law*, diss., Den Haag: Martinus Nijhoff 1954, p. 195-206. Het Verdrag van Warschau is inmiddels in belangrijke mate vervangen door het Verdrag van Montreal tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, *Trb.* 2001/91 en *Trb.* 2001/107. Onder het Verdrag van Montreal is de aansprakelijkheidslimiet in het geval van schade aan goederen niet voor doorbreking vatbaar (art. 22 lid 3). Dat geldt echter niet bij vernieling, verlies, beschadiging of vertraging van bagage van passagiers. In art. 22 lid 5 van het Verdrag van Montreal is geregeld dat de aansprakelijkheidslimiet in die gevallen wordt doorbroken indien de schade het gevolg is van een handeling of nalaten van de vervoerder of zijn hulppersoon welke plaats vond hetzij met de bedoeling schade te veroorzaken hetzij roekeloos en met de wetenschap dat schade waarschijnlijk het gevolg zou zijn. Zie over het aansprakelijkheidsregime bij zaakschade in het luchtvervoer nader I.J. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer*, diss., Zutphen: Paris 2007, p. 48, 123-124 en 274-292. Overigens kent het Verdrag van Montreal een ruimhartig regime voor vergoeding van personenschade. Zie dienaangaande I.J. Koning 'Letselschade en luchtreizen. Onbeperkt en exclusief', in J.M. Beer e.a. (red.), *Verkenningen binnen het letselschaderecht*, LSA-symposium, Den Haag: Sdu 2012, p. 57-84. Een beknopt overzicht van de diverse bepalingen over aansprakelijkheid in het Verdrag van Montreal is te vinden in N. Hoogenboom, 'De aansprakelijkheid van de luchtvervoerder onder het Verdrag van Montreal 1999', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2004, p. 183-188.

[\[43.\]](#)

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308, NJ 2001/391 m.nt. K.F. Haak.

[\[44.\]](#)

De beschrijving van de casus is mede ontleend aan K.F. Haak en F.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-20.

[\[45.\]](#)

De beschrijving van de casus is mede ontleend aan K.F. Haak en F.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

[\[46.\]](#)

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, NJ 2001/392 m.nt. K.F. Haak.

[\[47.\]](#)

HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7348, NJ 2002/388 m.nt. K.F. Haak.

[\[48.\]](#)

HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2120, NJ 2002/598.

[\[49.\]](#)

Conclusie A-G Strikwerda voor HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2120, NJ 2002/598 (*CTV/K-Line*), randnummer 14.

[\[50.\]](#)

In die zin ook conclusie A-G Vlas voor HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6747, *NJ* 2012/652 m.nt. K.F. Haak (*[E]/Traxys c.s.*) randnummer 2.6.

[\[51.\]](#)

Zie bijvoorbeeld K.F. Haak, 'De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgplichten met voeten treedt, niet baten', in Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 115 en M.H. Claringboud, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringboud e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 163.

[\[52.\]](#)

Daarover uitvoerig M.H. Claringboud, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringboud e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 149-155 met verdere verwijzingen.

[\[53.\]](#)

HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, *NJ* 2009/245.

[\[54.\]](#)

In andere context oordeelde Uw Raad reeds eerder in vergelijkbare zin. Zie in het kader van de (oude) opzetclausule in het verzekeringsrecht HR 6 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2771, *NJ* 1999/220 m.nt. M.M. Mendel (*Aegon/Van der Linden*) en in de context van de 50%-regel in het kader van art. 185 Wegenverkeerswet HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7863, *NJ* 2008/64 m.nt. T. Hartlief (*[...]/Noordhollandsche*) en over die laatste uitspraak I. Haazen, 'Bewuste roekeloosheid in het verkeersaansprakelijkheidsrecht', *Verkeersrecht* 2015, p. 324 e.v.

[\[55.\]](#)

In gelijke zin reeds voordien A-G Strikwerda in randnummer 36 van zijn conclusie vóór HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, *NJ* 2009/245 (*[C]/AIG*), K.F. Haak in randnummer 4 van zijn annotatie bij HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, *NJ* 2001/392 (*[C]/Philip Morris c.s.*), M.L. Hendrikse, N.J. Margetson en T.M. Maters, 'Doorbreking van de bescherming van de CMR-vervoerder (art. 29 CMR)', in M.L. Hendrikse en Ph.H.J.G. van Huizen (red.), *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg. Een praktische en rechtsvergelijkende benadering*, Zutphen: Paris 2005, p. 198-200 en K.F. Haak en F.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Deventer: Kluwer 2004, p. 22.

[\[56.\]](#)

HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, *NJ* 2009/245.

[\[57.\]](#)

De beschrijving van de casus is mede ontleend aan K.F. Haak en R. Zwitser, *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2015, p. 191.

[\[58.\]](#)

K.F. Haak, 'Mitigering bewijslast bij bewuste roekeloosheid', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2010, p. 50-51. Zijn opvatting over dit arrest is verder uitgewerkt in K.F. Haak, 'De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgplichten met voeten treedt, niet baten', in Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 107-120.

[\[59.\]](#)

K.F. Haak, 'De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgplichten met voeten treedt, niet baten', in Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 116-117.

[\[60.\]](#)

Annotatie K.F. Haak bij HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, *NJ* 2001/392 (*[C]/Philip Morris c.s.*), randnummer 3.

[\[61.\]](#)

Conclusie A-G Huydecoper voor HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7348, *NJ* 2002/388 m.nt. K.F. Haak (*[D]/CGM*), randnummers 13 en 14.

[\[62.\]](#)

Annotaties K.F. Haak bij HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, *NJ* 2001/392 (*[C]/Philip Morris c.s.*) en bij HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7348, *NJ* 2002/388 (*[D]/CGM*).

[\[63.\]](#)

K.F. Haak, 'De kwade kans van bewuste roekeloosheid. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgplichten met voeten treedt, niet baten', in Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 108-109.

[\[64.\]](#)

Conclusie A-G Huydecoper voor HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7348, *NJ* 2002/388 (*[D]/CGM*), randnummer 14 die daarbij overigens wel laat doorklinken het niet verstandig te vinden dat Uw Raad een pas ingezette koers alweer zou verlaten.

[\[65.\]](#)

I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek (II, slot)', *WPNR* 6570 (2004), p. 212.

[\[66.\]](#)

A. Hammerstein en P. de Meij, 'Het belang van collegiale samenwerking bij de vorming van eenvormig privaatrecht', in Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 151-152.

[\[67.\]](#)

HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6747, *NJ* 2012/652 m.nt. K.F. Haak.

[\[68.\]](#)

Claringbould concludeert dat de objectieve drempelvoorwaarde voor bewuste roekeloosheid in deze zaak niet is gehaald. Zie M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 158-159.

[\[69.\]](#)

M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 149-155.

[\[70.\]](#)

M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 162-163.

[\[71.\]](#)

Voor de relevantie van de aard en ernst van de (te verwachten) schade verwijst Janssen naar H. Drion, *Limitation of Liabilities in International Air Law*, diss., Den Haag: Martinus Nijhoff 1954, p. 223 en F.J. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 173-174. Claringbould maakt ook melding van dit gezichtspunt, maar voegt daar direct aan toe dat Uw Raad een eigen objectieve invulling aan de kansrekening heeft gegeven waarbij niet gekeken wordt naar de ernst van de gevolgen van het voorval. Zie M.H. Claringbould, 'Bewuste roekeloosheid en kansrekening', in M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 149.

[\[72.\]](#)

B.S. Janssen, 'Weg met de drempelvoorwaarde en kansrekening', *NTHR* 2013, p. 37.

[\[73.\]](#)

B.S. Janssen, 'Weg met de drempelvoorwaarde en kansrekening', *NTHR* 2013, p. 41. In vergelijkbare zin over het Franse recht: M.H. Claringbould, 'Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken', *NTHR* 2013, p. 211-212 en K.J.A. van Iterson-de Jonge, 'Artikel 29 CMR in Frankrijk: van faute lourde naar faute inexcusable', *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2013, p. 63-71.

[\[74.\]](#)

M.H. Claringbould, 'Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken', *NTHR* 2013, p. 208-212.

[\[75.\]](#)

B.S. Janssen, 'Naschrift bij Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken', *NTHR* 2013, p. 213.

[\[76.\]](#)

Zie onder meer HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *RvdW* 2010/468 (makelaar), E.A.L. van Emden en M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 79-83 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit en schadebegroting', *WPNR* 7108 (2016), p. 383-387.

[\[77.\]](#)

Zie randnummers 3.4-3.5 van mijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285 en *JA* 2018/3 m.nt. J.D. Kraaikamp met verwijzing naar HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit* [...]), HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis* [...]) en HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, *NJ* 2013/236 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden/X*).

[\[78.\]](#)

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257 m.nt. P.A. Stein (*Baijings/Mr. H*). Deze rechtsregel is onder meer herhaald in HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk*), HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*), HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, *NJ* 2010/3 (...), en HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H Beheer*).

[\[79.\]](#)

HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7407, *NJ* 2008/245 (*Mustert/O*).

[\[80.\]](#)

Zie hierover mijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285 en *JA* 2018/3 m.nt. J.D. Kraaikamp, randnummers 3.6-3.9.

[\[81.\]](#)

Conclusie voor HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257 m.nt. P.A. Stein (*Baijings/Mr. H*).

[\[82.\]](#)

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3030, *NJ* 2007/354 (.../Ekkersrijt), Asser Procesrecht/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 334-335, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 258-260 en N.T. Dempsey, 'De procedure na cassatie en verwijzing', *TCR* 2012, p. 1-8.

[\[83.\]](#)

Overigens mag de verwijzingsrechter wel acht slaan op na verwijzing overgelegde producties als deze producties betrekking hebben op voor de cassatie ingenomen stellingen. Deze producties mogen de eerder ingenomen stellingen preciseren en nader onderbouwen. Zie HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1435, NJ 2012/423 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hermes Asset Focus Management/ASMI*), HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 m.nt. Jac. Hijma (*Ploum/Smeets II*) en HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6230, RvdW 2009/382.

[\[84.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar de volgende vindplaatsen: randnummers 4.4.1., 4.4.12.-4.4.16. en 4.6.2. van de conclusie van antwoord, randnummer 3.4. van de pleitnota in eerste aanleg, randnummers 2.80.-2.83. (in het bijzonder randnummer 2.83. sub e.-j.) van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummer 3.3. van de pleitnota in hoger beroep.

[\[85.\]](#)

De advocaten verwijzen naar randnummers 4.4.1.-4.4.11. en 4.6.2. van de conclusie van antwoord, randnummers 2.80.-2.83. (in het bijzonder 2.83. sub a.-d.) van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummer 3.3. van de pleitnota in hoger beroep.

[\[86.\]](#)

H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 76, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 125 en 132-133, A. Hammerstein, 'Het spook van de devolutive werking', in R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk* (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt-bundel), Den Haag: Bju 2012, p. 113-122 en H.J. Sniijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 218. Uw Raad heeft een extensieve toepassing aan dit leerstuk gegeven in HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583 m.nt. H.B. Krans en *JBPr* 2012/42 m.nt. G.C.C. Lewin (*Fafanie/KSM*). In de motivering van dit arrest is tot uitdrukking gebracht dat voorkomen dient te worden dat tussen dezelfde partijen verschillende beslissingen worden gegeven. Het Fafanie-arrest heeft veel kritiek ontmoet: H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 76, A.C. van Schaick, 'Tegenstrijdige beslissingen', *NTBR* 2013, p. 1-2, annotatie H.J. Sniijders bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, NJ 2014/175 ([...]/LTØ, randnummer 5 en annotatie B.T.M. van der Wiel bij datzelfde arrest, *JBPr* 2013/17, randnummer 16. Zie voor andere variaties op dit thema HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9869, NJ 2012/588 en *JBPr* 2013/24 m.nt. J. den Hoed (*Terra Nova/Shinn Fu*), HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, NJ 2014/175 m.nt. H.J. Sniijders ([...]/LTØ en *JBPr* 2013/17 m.nt. B.T.M. van der Wiel en HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1520, NJ 2015/352 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*AIS Vliegopleidingen/K*).

[\[87.\]](#)

HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, RvdW2014/898 en *JBPr* 2014/39 m.nt. G.C.C. Lewin en HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6830, NJ 2006/620 en *JBPr* 2006/20 m.nt. A. Hammerstein (*Euro/Eurochemie*), H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 26, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 117 en H.J. Sniijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr.168.

[\[88.\]](#)

Over de relevantie van de kenbaarheid van de grief voor de wederpartij HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI877, NJ 2010/154 m.nt. H.J. Sniijders (*mr. Wertenbroek q.q./[...] c.ð*), HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6231, RvdW 2009/275, HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278, NJ 2006/120 ([.../...]), HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6830, NJ 2006/620 en *JBPr* 2006/20 m.nt. A. Hammerstein (*Euro/Eurochemie*), HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3242, NJ 2004/76 (*Clickly*), H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 26, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 117 en H.J. Sniijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 168.

[\[89.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 2.14 van het bestreden arrest, rov. 4.4.1., 4.4.14. en 4.5.1. van het [betrokkene 1]-arrest en randnummer 2.30. sub a. en b. van de conclusie van antwoord.

[\[90.\]](#)

De advocaten verwijzen hiertoe naar rov. 4.4.1, 4.4.2 en 4.4.8.2 van het [betrokkene 1]-arrest en randnummer 2.30. sub b., c. en i. van de conclusie van antwoord.

[\[91.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar randnummer 2.45. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummer 4.2.49. van de conclusie van antwoord.

[\[92.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 4.4.3, 4.4.4, 4.4.5 en 4.4.11 van het [betrokkene 1]-arrest en randnummers 2.14. en 2.30. sub d.-f. en i. van de conclusie van antwoord.

[\[93.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 4.4.5, 4.4.11 en 4.4.16 van het [betrokkene 1]-arrest en randnummer 2.30. sub f. en o. van de conclusie van antwoord.

[\[94.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 2.14 en 3.25 van het bestreden arrest en rov. 4.4.14 van het [betrokkene 1]-arrest.

[\[95.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 4.4.14 van het [betrokkene 1]-arrest (weergave verklaring [betrokkene 2]), rov. 4.5.1 van het [betrokkene 1]-

arrest, randnummers 2.32. en 4.2.67.-4.2.70. van de conclusie van antwoord, randnummer 2.7. sub i. van de pleitnota in hoger beroep en randnummers 2.7. en 2.67. e.v. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel.

[\[96.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 4.4.14 van het [betrokkene 1]-arrest (weergave verklaring [betrokkene 2]) randnummer 4.2.70. van de conclusie van antwoord en randnummer 2.7. sub i. van de pleitnota in hoger beroep van de advocaten. Voor het standpunt van [verweerster] verwijzen zij naar randnummer 53. van de pleitnota in eerste aanleg van [verweerster] en het proces-verbaal van de comparitie.

[\[97.\]](#)

De advocaten wijzen daartoe op rov. 4.5.1 van het [betrokkene 1]-arrest, randnummer 4.2.70. van de conclusie van antwoord, randnummers 2.8., 2.18., 2.21., 2.39., 2.60., 2.66. en 2.68. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummer 2.7. sub v. en vi. van hun pleitnota in hoger beroep.

[\[98.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar randnummer 2.30. sub f van de conclusie van antwoord en randnummer 2.75. sub b van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel.

[\[99.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar rov. 3.18 van het bestreden arrest, rov. 4.5.2 van het [betrokkene 1]-arresten en de navolgende passage uit randnummer 2.7. sub ix. van de pleitnota in hoger beroep: “ *Nota bene* wist [verweerster] dat de oorzaak ook de dynamische instabiliteit van de splijtbak kon zijn en heeft zij geen enkel onderzoek gedaan om een en ander te verifiëren.”

[\[100.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar randnummers 4.2.30.-4.2.33. van de conclusie van antwoord en randnummer 2.35. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel, randnummer 3.5 van de conclusie van antwoord in de [betrokkene 1]-zaak en randnummer 4.2 van de memorie van antwoord in de [betrokkene 1]-zaak.

[\[101.\]](#)

De advocaten verwijzen daartoe naar randnummer 2.33. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummer 2.30. sub m. van de conclusie van antwoord en rov. 4.4.12 van het [betrokkene 1]-arrest.

[\[102.\]](#)

De dagvaarding spreekt per abuis over de ‘5 december-arresten’.

[\[103.\]](#)

De advocaten verwijzen in dat verband naar randnummers 4.2.1., 4.2.13. e.v. en 4.2.27-4.2.28. e.v. van de conclusie van antwoord en randnummers 2.7.-2.10. en 2.14. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel.

[\[104.\]](#)

HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2739, *JBP* 2015/2 m.nt. R.L. Bakels, Asser/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 297 met verwijzing naar onder meer HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, *NJ* 1987/727 m.nt. M. Scheltema (*gemeente Amsterdam/Ikon*).

[\[105.\]](#)

Verwezen wordt naar M.H. Claringbould, ‘Bewuste roekeloosheid en kansrekening’, in M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (K.F. Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 162-163.

[\[106.\]](#)

De advocaten hebben daartoe verwezen naar randnummers 10.3. en 2.29.-2.35., 2.39., 2.47.-2.51. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel en randnummers 2.2.-2.4. van de pleitnota in eerste aanleg.

[\[107.\]](#)

De advocaten hebben daartoe verwezen naar de volgende vindplaatsen in de gedingstukken: randnummer 5.2.9. van de conclusie van antwoord, p. 6 van het proces-verbaal van comparitie van 26 november 2013, rov. 5.14 en rov. 5.20-5.21 van het vonnis en randnummers 5.3.-5.7. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel. Voor het standpunt van [verweerster] wordt door de advocaten verwezen naar p. 3 van het proces-verbaal van de comparitie van 26 november 2013, randnummer 3. van de pleitnota van [verweerster] ten behoeve van die comparitie, randnummers 57., 117.-118., 144.-145. en 181.-184. van de memorie van grieven en randnummers 10., 17. en 18. van de memorie van antwoord in incidenteel appel.

[\[108.\]](#)

De advocaten hebben daartoe verwezen naar de volgende vindplaatsen: inleidende dagvaarding, randnummer 21. sub I. en petitum sub II., conclusie van antwoord, randnummer 5.5.2, memorie van grieven, randnummers 145. en 181.-184. en memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel, randnummers 5.3. en 5.5.

[\[109.\]](#)

De advocaten verwijzen in dat verband naar randnummers 5.6.-5.7. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel.

[\[110.\]](#)

De advocaten verwijzen naar randnummers 4.5.3.-4.5.6. van de conclusie van antwoord.

[\[111.\]](#)

De advocaten verwijzen naar randnummer 4.8. van hun pleitnota in eerste aanleg.

[\[112.\]](#)

Over de bewijslast van de voormalig cliënt in een beroepsaansprakelijkheidsprocedure oordeelde Uw Raad in gelijke zin: HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737, *NJ* 2014/480 m.nt. W.D.H. Asser.

[\[113.\]](#)

Dit zou ook aansluiten bij het oordeel dat de rechtbank op dit punt in rov. 5.2. van haar vonnis heeft gegeven. De rechtbank heeft immers uitdrukkelijk overwogen dat de gevolgen van de keuze om te schikken niet aan de beroepsfout kunnen worden toegerekend (randnummer 2.13 hiervoor).

[\[114.\]](#)

AVB is de afkorting van Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven.

[\[115.\]](#)

[Verweerster] verwijst in dat verband naar randnummers 102., 120. en 148. van de memorie van grieven.

[\[116.\]](#)

Daartoe wordt verwezen naar randnummer 6.5. van de memorie van antwoord in het principaal appel tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel.

[\[117.\]](#)

[Verweerster] verwijst daartoe naar memorie van grieven, 'grief VIII' en randnummer 150.

[\[118.\]](#)

[Verweerster] verwijst daartoe naar memorie van grieven, 'grief VIII' en randnummers 151. en 152.

[\[119.\]](#)

[Verweerster] verwijst daartoe naar de volgende passage uit randnummer 155. van de memorie van grieven: "In dit verband dient eerst te worden nagegaan of, en zo ja, in hoeverre de *volledige* kosten van beide procedures door [verweerster] als schade kunnen worden verhaald" (cursivering toegevoegd door cassatieadvocaat [verweerster]).

[\[120.\]](#)

[Verweerster] verwijst daartoe naar randnummers 96. en 153. van de memorie van grieven.

[\[121.\]](#)

[Verweerster] verwijst daartoe naar randnummers 7.12.-7.16. van de memorie van antwoord in principaal appel tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel.

[\[122.\]](#)

HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *NJ* 2012/277 en *JBPR* 2012/62 m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

[\[123.\]](#)

Asser/C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, deel 6-I, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 259.

[\[124.\]](#)

Asser/E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 207, onder verwijzing naar HR 24 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0247, *NJ* 1992/246 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Amro Bank*) (beroep op ontbreken van causaal verband), HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0905, *NJ* 1993/329 (*Bakker/Zwolsche Algemeene*) en HR 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2069, *NJ* 1996/692 m.nt. W.M. Kleijn (beroep op partiële nietigheid) en HR 29 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2214, *NJ* 1997/178 m.nt. W.M. Kleijn (*Cri Cri/Amersfoortse*) (beroep op derogerende werking redelijkheid en billijkheid).