

Misbruik van procesrecht. Komen de kosten voor rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking?

HR 16-03-2018, ECLI:NL:HR:2018:363

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

16 maart 2018

Magistraten

Mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens, M.V. Polak, M.J. Kroeze, T.H. Tanja-van den Broek

Zaaknummer

16/06040

Conclusie

A-G mr. F.F. Langemeijer

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

Burgerlijk procesrecht / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2018:363, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 16â€³â€²018

ECLI:NL:PHR:2017:1426, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 15â€²â€²017

Wetingang

Art. 3:13, 6:162 BW

Essentie

Misbruik van procesrecht.**Komen de kosten voor rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking?**

Samenvatting

Eiseres tot cassatie, Macon, en verweerder in cassatie investeerden (kort gezegd) in een bedrijf (iTech) dat geen commercieel succes is geworden. De aandelen die partijen kochten in dit bedrijf, waren nagenoeg waardeloos geworden. Macon is tegen verweerder een procedure gestart die zag op de afwikkeling van de investerings samenwerking. Verweerder vorderde in de procedure in reconventie van Macon vergoeding van de volledige advocaatkosten (€ 176.867,51) op grond van misbruik van procesrecht. De advocatendeclaraties stonden echter niet op naam van verweerder, maar op naam van de vennootschap Arosa Investments die deze facturen ook voldeed.

In cassatie ligt de vraag voor of de volledige advocaatkosten wegens misbruik van procesrecht voor vergoeding in aanmerking komen. Macon heeft in dit kader verwezen naar de jaarrekeningen van Arosa Investments. Uit de jaarrekeningen zou volgen dat de betalingen van verweerder aan Arosa Investments in de rekening-courant zijn geboekt en dat Arosa Investments deze bedragen weer verschuldigd is aan verweerder. Verweerder heeft op haar beurt gewezen op het feit dat Arosa Investments geen middelen heeft en er geen inkomstenstroom was. Bij brief heeft Arosa Investments verklaard dat de advocatendeclaraties zijn doorbelast aan verweerder.

Hof: Het hof acht van beslissend belang dat verweerder de betalingen door en voor hem aan Arosa Investments heeft aangetoond en niet de interne boekhouding.

A-G: De A-G meent dat het hof niet duidelijk heeft gemaakt waarom het verweer van Macon zou falen dat verweerder voor de overboekingen aan Arosa Investments in de rekening-courantverhouding een tegoed op deze vennootschap heeft verkregen tot terugbetaling waarvan Arosa Investments verplicht is. Indien dit betoog juist zou zijn, zou (kort gezegd) geen sprake zijn van schade aan de zijde van verweerder. De A-G meent dat het hof op dat punt onvoldoende inzicht heeft verschaft in zijn gedachtegang.

HR: Anders dan de A-G, oordeelt de Hoge Raad dat het hof zijn oordeel niet ontoereikend heeft gemotiveerd.

Verwant oordeel

Zie ook:

Over de vergoeding van volledige advocaatkosten:

- HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, RAV 2016/42, RFR 2016/54, NJ 2016/167 m.nt. S.D. Lindenberg;
- HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, RBP 2015/61, NJ 2016/380 m.nt. H.B. Krans;
- HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV3384, NJ 2006/492;
- HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6164, NJ 2005/216, L&S 2005/4, JA 2005/37 m.nt. F.Th. Kremer;
- Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3401;
- Rb. Oost-Brabant 3 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6910;
- Groene Serie Schadevergoeding, 11.4.13 Buitengerechtelijke kosten en proceskosten (art. 6:96 lid 3 BW; art. 241 Rv);
- Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. p. 36.

Over misbruik van procesrecht:

- HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, RBP 2017/103, NJ 2018/165;
- HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1290, RFR 2016/120, NJ 2016/303;
- HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, RAV 2012/81, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*);
- HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, NJ 2007/353 (*Waterschappen/Milieutech*);
- HR 24 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0250, NJ 1991/675;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11292;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7369, NJF 2017/397;
- Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:101, RAV 2018/28, NJF 2018/145;
- Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 2 oktober 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:144 (*Ennia/CHB*);
- Rb. Amsterdam (ktr.) 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7577, NJF 2017/513, Prg. 2018/14;
- Rb. Breda 19 januari 2005, ECLI:NL:RBBRE:2005:AS3373, NJF 2005/125;
- Rb. Den Haag (ktr.) 8 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:278;
- Rb. Gelderland (vzr.) 1 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6558;
- Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 7 november 2011, NJF 2012/218;
- Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6073, NJF 2018/119;
- Rb. Overijssel (ktr.) 23 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:316;
- *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/149.

Wenk

In het arrest van de Hoge Raad uit 2015 (zie onder 'Zie ook') stond de vraag centraal of er recht bestond op een vergoeding van de volledige advocaatkosten als gevolg van een door Rabobank onrechtmatig gelegd beslag. De Hoge Raad overwoog dat art. 237-240 Rv behoudens bijzondere omstandigheden, een limitatieve en exclusieve regeling kent voor de kosten waarin de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, kan worden veroordeeld. Deze regeling derogeert aan de regeling opgenomen in art. 6:96 lid 2 sub c BW; een vergoeding van volledige kosten bij voldoening buiten rechte (ex art. 241 Rv / 6:96 lid 3 BW). Eveneens derogeert deze regeling aan het uitgangspunt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt die hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, volledig te vergoeden.

Op grond van de regeling in art. 237-240 Rv vindt de veroordeling plaats op basis van het zogenoemde liquidatietarief. De veroordeling van de verliezende partij in de proceskosten is niet gebaseerd op de gedachte dat deze partij onrechtmatig heeft gehandeld of wanprestatie heeft gepleegd; procederen kan, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig worden aangemerkt (zie onder 'Zie ook' HR 18 februari 2005). Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de ratio om niet een volledige proceskostenvergoeding toe te kennen, is gelegen in de vrijheid om anderen in rechte te betrekken en eigenrichting te voorkomen.

Een partij heeft in beginsel wél recht op een volledige vergoeding van de proceskosten indien sprake is van onrechtmatig *procederen*. Hetgeen moet worden onderscheiden van een onrechtmatige daad die losstaat van de wijze van procederen, zoals in het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 2015. Van onrechtmatig *procederen* c.q. misbruik van procesrecht is sprake indien het instellen van de vordering gelet op de evidente ongegrondheid ervan en in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had behoren te blijven. De eiser moet zijn vordering hebben gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Van misbruik van procesrecht kan bijvoorbeeld ook sprake zijn als de procedure opzettelijk wordt vertraagd (zie onder 'Zie ook' het arrest van de Hoge Raad uit 2016). Van misbruik van procesrecht is slechts sprake in 'buitengewone omstandigheden'. De jurisprudentie schrijft een terughoudend gebruik van het leerstuk voor. Het leerstuk kwam bijvoorbeeld ook aan de orde in het recente arrest van het Hof 's-

Hertogenbosch van dit jaar in de zogenoemde *Chipshol*-zaak (zie onder 'Zie ook' RAV 2018/28).

In de onderhavige procedure is van "buitengewone omstandigheden" en daarmee misbruik van procesrecht sprake in het kader van een tweetal vorderingen van de eisende partij. Verweerder heeft daarmee recht op vergoeding van de volledige advocaatkosten gemaakt in het kader van deze twee vorderingen. Een complicatie deed zich in deze procedure voor nu verweerder de advocatendeclaraties niet (rechtstreeks) had voldaan en deze declaraties niet op zijn naam waren gesteld. Het hof en de Hoge Raad achten voor de toewijzing van de volledige advocaatkosten voldoende dat verweerder de betalingen aan de vennootschap (die de declaraties heeft betaald) heeft aangetoond, deze vennootschap zelf geen inkomensstromen heeft en de vennootschap een verklaring heeft afgegeven dat de facturen aan verweerder waren doorbelast. De interne boekhoudkundige afwikkeling deed daar niet aan af.

Het hof heeft in deze procedure de omvang van de schade geschat op basis van het relatieve aandeel van deze twee vorderingen (waarbij eiser zich heeft bediend van onjuiste informatie) op de totale vordering. Uit de advocatendeclaraties (met honderden data) viel niet af te leiden hoeveel tijd de advocaat aan de verschillende vorderingen had besteed. Gelet op de jarenlange strijd tussen partijen, overwoog het hof dat de route van (kostbare) partijrapporten en een deskundigenonderzoek niet de gewenste weg was. Het hof achtte een bedrag van € 76.377 toewijsbaar.

R.D. Leen

Partij(en)

Arrest in de zaak van:

Macon Nederland B.V., te Wijchen, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. J.H.M. van Swaij,
tegen

[Verweerder], verweerder in cassatie, advocaat: mr. G.R. den Dekker.

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/05/228322/HA ZA 12-235 van de rechtbank Gelderland van 18 juli 2012, 5 december 2012, 6 november 2013 en 25 juni 2014;
- b. de arresten in de zaak 200.156.967 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 december 2015 en 30 augustus 2016.

(...)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 30 augustus 2016 heeft Macon beroep in cassatie ingesteld. (...)

[Verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Macon mede door mr. J.M. Moorman en voor [verweerder] mede door mr. H. Boom.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [verweerder] heeft bij brief van 28 december 2017 op die conclusie gereageerd; de advocaat van Macon heeft dat gedaan bij brief van 29 december 2017.

3. Beoordeling van het middel

3.1

Voor de feiten en het verloop van de procedure verwijst de Hoge Raad naar de punten 1.1-1.11 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. In cassatie is alleen nog van belang de reconventionele vordering van [verweerder] tot vergoeding van schade wegens onrechtmatig procederen door Macon.

3.2.1

Het hof heeft in zijn tussenarrest over de reconventionele vordering van [verweerder], samengevat, als volgt overwogen. [Verweerder] heeft zich tegen vorderingen van Macon moeten verweren (rov. 5.17). Een vordering tot vergoeding van alle gemaakte proceskosten is toewijsbaar indien de eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (rov. 5.18).

Wat betreft de ene vordering heeft Macon de grondslag van de onvoorwaardelijke geldlening aan [verweerder] gefingeerd,

met misleiding van [verweerder] bij het ter tekening aan hem voorleggen van notulen die een onjuiste weergave bevatten, en met vervalsing van een e-mail (rov. 5.19-5.20). Wat betreft de andere vordering heeft Macon zich beroepen op notulen die vals waren opgemaakt (rov. 5.24-5.26). Macon heeft misbruik gemaakt van getuigenverklaringen aan haar zijde en van een valse titel van lening bij de overschrijving van een bedrag (rov. 5.27).

Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat Macon misbruik van procesrecht heeft gemaakt en onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder]. Zij is verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade (rov. 5.28).

[Verweerder] heeft haar schade aan advocaatkosten begroot op € 176.837,51. Ten bewijze daarvan heeft [verweerder] advocatendeclaraties overgelegd, gericht aan BVBA Arosa Investments (hierna: Arosa Investments), met een verklaring van deze vennootschap dat alle kosten door haar aan [verweerder] zullen worden doorbelast en zijn gedaan in naam van [verweerder] in privé. Wegens de gemotiveerde betwisting door Macon dient [verweerder] specificaties bij de advocatendeclaraties in het geding te brengen waaruit duidelijk wordt welke werkzaamheden tegen welk tijdsbeslag voor welke kwestie zijn verricht en voorts met betrouwbare documenten aan te tonen dat de facturen uiteindelijk door hem zijn betaald (rov. 5.29).

3.2.2

Het hof heeft in zijn eindarrest over de reconventionele vordering van [verweerder], samengevat, als volgt overwogen.

De advocatendeclaraties zijn niet op naam van [verweerder] gesteld, maar van Arosa Investments, die ook alle facturen aan het advocatenkantoor heeft betaald. Volgens [verweerder] hebben hij dan wel zijn echtgenote en eenmaal zijn vennootschap [A] B.V. (hierna: [A]) steeds zoveel aan Arosa Investments betaald als nodig was ter doorbetaling aan het advocatenkantoor en heeft Arosa Investments de kosten ervan volledig doorbelast aan hem in privé. Dit laatste heeft Macon betwist onder verwijzing naar de jaarrekeningen van Arosa Investments over augustus 2010 tot en met 2014, die volgens haar indiceren dat Arosa Investments overeenkomstig de advocatendeclaraties verliezen heeft geleden en deze ten laste van haar eigen vermogen heeft gebracht, en dat Arosa Investments de betalingen van de zijde van [verweerder] in zijn tegoed van [verweerdere] rekeningcourantverhouding met haar heeft geboekt, waardoor zijn vordering op haar aanzienlijk is opgelopen. (rov. 2.8)

[Verweerder] heeft aangetoond dat hij dan wel zijn echtgenote en eenmaal zijn vennootschap [A] de advocatendeclaraties hebben voldaan aan Arosa Investments. De verdere boekhoudkundige verwerking daarvan bij Arosa Investments kan mogelijk nieuwe vragen oproepen die Macon heeft gesteld, maar dit is niet doorslaggevend. [Verweerder] heeft aangevoerd dat Arosa Investments geen middelen had om te betalen, hetgeen Macon niet heeft bestreden; terwijl Macon zelf heeft uiteengezet dat er geen inkomstenstroom in Arosa Investments was. Aldus heeft [verweerder] de betalingen door en voor hem aan Arosa Investments aangetoond en dat is uiteindelijk beslissend, niet hun interne boekhoudkundige afwikkeling. (rov. 2.10)

Macon heeft terecht aangevoerd dat uit de overgelegde specificaties niet eenvoudig en overzichtelijk valt af te leiden hoeveel tijd de advocaat van [verweerder] heeft besteed aan het bestrijden van de ten onrechte ingestelde vorderingen. Nu de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zal zij op de voet van art. 6:97 BW worden geschat. (rov. 2.11) In reconventie is een bedrag toewijsbaar van € 76.377,- (rov. 2.18).

3.3.1

Onderdeel 1.1 klaagt onder meer dat het hof in rov. 2.10 van zijn eindarrest ontoereikend heeft gemotiveerd dat [verweerder] schade heeft geleden, dit mede in het licht van de omstandigheid dat de door [verweerder] aan Arosa Investments ter beschikking gestelde gelden in rekening-courant geboekt zijn en Arosa Investments die gelden derhalve verschuldigd is aan [verweerder].

3.3.2

Het hof heeft vastgesteld dat [verweerder] dan wel zijn echtgenote en eenmaal zijn vennootschap [A] de advocatendeclaraties hebben voldaan aan Arosa Investments. Het heeft vervolgens vastgesteld dat Arosa Investments geen middelen had om te betalen en dat er geen inkomstenstroom in Arosa Investments was. Het hof heeft daaruit afgeleid dat [verweerder] de betalingen voor en door hem aan Arosa Investments heeft aangetoond en die gevolgtrekking beslissend geacht, en niet de interne boekhoudkundige afwikkeling door Arosa Investments van die betalingen.

Daarbij heeft het hof klaarblijkelijk ook in zijn oordeelsvorming betrokken dat Arosa Investments bij brief van 2 oktober 2015 (overgelegd als productie 96 bij pleidooi in hoger beroep) heeft verklaard dat de door haar aan het advocatenkantoor betaalde facturen aan [verweerder] zijn doorbelast. Die verklaring kan immers niet anders worden verstaan dan dat Arosa Investments de betalingen die [verweerder], zijn echtgenote en [A] aan haar hebben verricht ter voldoening van de advocatendeclaraties, in verrekening heeft gebracht met de betalingen die Arosa Investments ten behoeve van [verweerder] in privé ter zake van die advocatendeclaraties heeft gedaan.

Dat – zoals Macon stelt – uit de jaarrekeningen over de periode van augustus 2010 tot en met 2014 blijkt dat de door [verweerder] aan Arosa Investments ter beschikking gestelde gelden in rekening-courant zijn geboekt, en dat Arosa Investments die gelden op grond daarvan verschuldigd is aan [verweerder], heeft het hof – kennelijk: als behorend tot de

(onjuiste) boekhoudkundige verwerking van die betalingen – niet beslissend geacht. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk in het licht van hetgeen het hof heeft overwogen over de doorbelasting door Arosa Investments van de advocatendeclaraties aan [verweerder].

Uit het voorgaande volgt dat het oordeel van het hof dat [verweerder] schade heeft geleden, niet ontoereikend is gemotiveerd. De klacht faalt dus.

3.4

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.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Macon in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, als voorzitter, M.V. Polak en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 16 maart 2018.

Conclusie

Conclusie A-G mr. F.F. Langemeijer:

1. Feiten en procesverloop

1.1

In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vastgesteld door het hof in het tussenarrest van 15 december 2015 (onder 3.1–3.14), hieronder sterk verkort weergegeven:

1.1.1

Eiseres tot cassatie (hierna: Macon) houdt zich onder meer bezig met belegging van gelden en het investeren in ondernemingen. [Betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) is in het verleden bestuurder geweest van Macon. [Betrokkene 1] is nog steeds bestuurder van de Stichting Administratiekantoor Macon Nederland, welke stichting enig aandeelhouder is van Macon.

1.1.2

[Betrokkene 1] is bevriend geweest met [verweerder], aandeelhouder in het transportbedrijf [A]. [Betrokkene 1] en [verweerder] hebben met elkaar gesproken over een gezamenlijke investering in iTech Medical Inc. te Delaware, USA (hierna kortweg: iTech), welk onderneming medische apparatuur ontwikkelde. [Verweerder] had reeds aandelen in iTech. Ter verkrijging van aandelen iTech voor het alleenverkooprecht in Europa van een door iTech te ontwikkelen medisch apparaat, zijn [betrokkene 1] en [verweerder] met elkaar en met een derde op 30 november 2005 overeengekomen een nieuwe onderneming op te richten (toen genaamd: Newco), waarin [betrokkene 1] en [verweerder] elk 44% van de aandelen zouden nemen.

1.1.3

Op 4 december 2009 zijn [betrokkene 1] en [verweerder], samen optredend onder de naam “European Investor Group” (verder: EIG), in een *Letter of Intent* met iTech overeengekomen dat EIG als eerste investering USD 2,2 miljoen en als tweede investering nog eens USD 1 miljoen aan aandelen in iTech zou kopen. Later hebben [betrokkene 1] en [verweerder] besloten om, in plaats van EIG, een Cypriotische vennootschap, Revox Ventures Ltd. (verder: Revox), als investeringsvehikel in te zetten.

1.1.4

Bij *Stock Purchase Agreement* van 19 maart 2010 heeft iTech aan Revox aandelen iTech verkocht.

1.1.5

[Betrokkene 1] - via Macon - en [verweerder] hebben beiden aan Revox gelden gefourneerd, ter voldoening van de maandelijkse kosten van de aankoop van de aandelen iTech.

1.1.6

Nadien zijn 675.676 aandelen iTech voor een lagere prijs door Macon gekocht voor [betrokkene 1] kinderen [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] alsmede voor zijn schoonzoon [betrokkene 5].

1.1.7

iTech is geen commercieel succes geworden. De aandelen iTech zijn nagenoeg waardeloos geworden.

1.1.8

Bij akte van cessie d.d. 18/28 januari 2013 heeft [betrokkene 1] al zijn vorderingen op [verweerder] verkocht en overgedragen aan Macon, van welke akte bij het rekest voorlopig getuigenverhoor van 4 februari 2013 aan [verweerder] mededeling is gedaan.

1.2

Op 6 februari 2012 heeft Macon [verweerder] gedagvaard voor de rechtbank Arnhem. Na vermindering van eis heeft Macon betaling gevorderd van in totaal € 378.366,85 in verband met de door haar verlangde afwikkeling van de investeringssamenwerking tussen [betrokkene 1], c.q. Macon, en [verweerder]. Het gevorderde bedrag was opgebouwd als volgt:

- (i) € 253.410,20 als het aandeel van [verweerder] in het tekort in Revox,
- (ii) € 100.825,90 als restant van een lening van Macon aan [verweerder],
- (iii) € 24.130,75 inzake het aandeel van [verweerder] in door Macon betaalde advieskosten^[1.], te vermeerderen met rente en buitengerechtelijke incassokosten.

De hiervoor genoemde eisvermindering heeft Macon doorgevoerd tijdens een comparitie op 18 oktober 2012.^[2.] Het betrof een vordering van € 229.024,13 die was gebaseerd op een geldlening van [betrokkene 1] aan [verweerder] van USD 250.000,- en in verband daarmee gemaakte advieskosten, welke door [betrokkene 1] waren voldaan en waarvan [verweerder] de helft voor zijn rekening zou nemen (in navolging van het hof verder aangeduid als: 'vordering o').

1.3

[Verweerder] heeft de vordering bestreden en op zijn beurt een eis in reconventie ingesteld. Na vermeerdering van eis strekte deze vordering, voor zover in cassatie van belang, tot betaling van € 176.837,51 schadevergoeding wegens onrechtmatig procederen door Macon, te vermeerderen met rente en onder aftrek van het in conventie en in reconventie op basis van het liquidatietarief toe te wijzen bedrag aan advocatensalaris.^[3.] Aan deze tegenvordering heeft [verweerder] ten grondslag gelegd dat Macon onrechtmatig heeft gehandeld door hem in de onderhavige procedure te betrekken op basis van aantoonbaar gefingeerde claims en met gebruikmaking van vervalste stukken en getuigenverklaringen. Hij vorderde vergoeding van de volledige advocaatkosten die hij in het kader van deze procedure heeft gemaakt.

1.4

Bij tussenvonnis van 5 december 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BY7828) heeft de rechtbank in conventie geoordeeld dat de door Macon onder (i) gevorderde bijdrage in het tekort van Revox niet toewijsbaar was omdat daarvoor een juridische grondslag ontbrak (rov. 4.2-4.7 Rb). Verder heeft de rechtbank Macon opgedragen haar stelling te bewijzen dat de overboeking door haar van een bedrag op de rekening van [verweerder] was gebaseerd op een tussen partijen overeengekomen geldlening (rov. 4.8-4.9 Rb). Wat betreft de adviseurskosten, heeft de rechtbank Macon opgedragen te bewijzen dat zij met [verweerder] is overeengekomen dat hij daarvan de helft zou vergoeden, alsmede dat het gestelde bedrag in rekening is gebracht en betaald (rov. 4.10-4.13 Rb). Na getuigenverhoren heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 6 november 2013 [verweerder] in conventie nader in de gelegenheid gesteld tot het leveren van tegenbewijs en hem in reconventie opgedragen te bewijzen dat Macon zich heeft bediend van valselijk opgemaakte en/of vervalste documenten.

1.5

Bij eindvonnis van 25 juni 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:5569) heeft de rechtbank de vordering in conventie afgewezen. Zij achtte Macon niet geslaagd in het bewijs van haar stelling dat zij met [verweerder] een geldlening was overeengekomen. De vordering onder (i) was daarom niet toewijsbaar (rov. 2.4-2.12 Rb). De onder (iii) gevorderde adviseurskosten zijn op per factuur verschillende gronden als niet toewijsbaar beoordeeld (rov. 2.13 - 2.23 Rb). De in reconventie gevorderde schadevergoeding wegens onrechtmatig procederen wees de rechtbank eveneens af. [Verweerder] was volgens de rechtbank niet geslaagd in het bewijs van zijn stelling dat Macon zich in de procedure (bewust) heeft bediend van valselijk opgemaakte en/of vervalste documenten (rov. 2.29 - 2.39 Rb).

1.6

Macon heeft hoger beroep ingesteld. Zij heeft verklaard geen grieven te richten tegen de afwijzing van haar vordering onder (ii) inzake de geldlening van Macon aan [verweerder] en haar vordering onder (iii) inzake door Macon betaalde

[4.]

[5.]

advieskosten.^[4] Met betrekking tot haar gehandhaafde vordering (i) heeft Macon een eisvermeerdering doorgevoerd^[5], waarna zij in conventie betaling vorderde van:

- I. € 286.500,- althans € 279.461,- uit hoofde van een gezamenlijke investering in iTech;
- II. USD 125.000,- in verband met de mogelijkheid tot het kopen van extra aandelen in iTech via een derde,
- III. terugbetaling van het door Macon ter voldoening aan het eindvonnis aan [verweerder] betaalde bedrag van € 17.130,80,

alles vermeerderd met wettelijke (handels)rente, buitengerechtelijke kosten en proceskosten.

[Verweerder] heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de afwijzing van de door hem in reconventie gevorderde schadevergoeding.

1.7

In zijn tussenarrest van 15 december 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:9532) oordeelde het hof *in het principaal appel* als volgt. [Verweerder] en [betrokkene 1] hadden zich over en weer verbonden om op gelijke voet in Revox te investeren ter verkrijging van aandelen in iTech. Op grond daarvan kwam in conventie de vordering onder I van € 286.500,- voor toewijzing in aanmerking (rov. 5.2 - 5.11). De vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten was door de rechtbank terecht afgewezen (rov. 5.13 - 5.14). De vordering onder II van USD 125.000,- achtte het hof niet toewijsbaar omdat Macon onvoldoende had toegelicht dat zij met [verweerder] had afgesproken om op gezamenlijke kosten via een derde extra aandelen in Revox te kopen. De vordering was evenmin toewijsbaar op grond van zaakwaarneming (rov. 5.15 - 5.16).

1.8

In het incidenteel appel oordeelde het hof als volgt. Ook na het gedeeltelijk slagen van het principaal appel komt de vordering in reconventie aan de orde, in verband met de door Macon ingetrokken vordering (o) en de in eerste aanleg afgewezen vordering (ii). [Verweerder] heeft zich tegen vordering (o) moeten verdedigen totdat deze werd ingetrokken en, in een ander kader, bij het voorlopig getuigenverhoor. Tegen vordering (ii) heeft [verweerder] zich moeten verweren totdat deze werd afgewezen bij eindvonnis van de rechtbank (rov. 5.17). Een vordering tot vergoeding van alle gemaakte proceskosten is toewijsbaar indien de eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (rov. 5.18).

Wat betreft vordering (o) heeft Macon de grondslag van een onvoorwaardelijke geldlening aan [verweerder] gefingeerd, met misleiding van [verweerder] bij het ter tekening aan hem voorleggen van notulen van 30 november 2005 die een onjuiste weergave bevatten en vervalsing van een e-mail van [betrokkene 6] van 11 december 2006 (rov. 5.19 - 5.20). In het kader van het voorlopig getuigenverhoor heeft Macon vordering (o) gebaseerd op een nadere grondslag die eveneens was gefingeerd (rov. 5.21 - 5.23).

Wat betreft vordering (ii) stelde het hof vast dat Macon zich heeft beroepen op vergadernotulen van 1 april 2010 die vals waren opgemaakt (rov. 5.24 - 5.26). Macon heeft misbruik gemaakt van getuigenverklaringen aan haar zijde en van een valse titel van lening bij de overschrijving van € 109.596,25 (rov. 5.27).

1.9

Het hof kwam tot de slotsom dat Macon misbruik van procesrecht heeft gemaakt en onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder]. Het hof stelde vast dat Macon verplicht is tot vergoeding van de hierdoor veroorzaakte schade van [verweerder] (rov. 5.28). Het hof vervolgde:

“5.29

Bij conclusie van 16 april 2014 heeft [verweerder] haar schade aan advocaatkosten voor de bodemprocedure in eerste aanleg begroot op € 142.688,69 en voor het voorlopig getuigenverhoor op € 34.148,82, hetgeen tezamen neerkomt op € 176.837,51. Ten bewijze daarvan heeft Macon als producties 25, 55 en 70 een aantal advocatendeclaraties overgelegd, gericht aan BVBA Arosa Investments, met als productie 71 een verklaring van deze vennootschap d.d. 7 april 2014 aan de advocaat van [verweerder] dat alle kosten door Arosa Investments aan [verweerder] zullen worden doorbelast en zijn gedaan in naam van [verweerder] privé. Na betwisting van een ander heeft [verweerder] voor de pleidooien als productie 96 een verklaring overgelegd van Arosa Investments d.d. 2 oktober 2015 waarbij zij alle betaalbewijzen met de onderliggende facturen heeft toegezonden aan de advocaat van [verweerder] onder de mededeling dat deze overboekingen zijn gedaan in naam van [verweerder] in privé en dat al die kosten inmiddels ook aan [verweerder] in privé zijn doorbelast. Als productie 97 heeft [verweerder] nog een overzicht overgelegd met betalingsbewijzen. Macon heeft erop gewezen dat specificaties bij de declaraties ontbreken. Vanwege de gemotiveerde betwisting door Macon dient [verweerder] zodanige specificaties bij de advocatendeclaratie in het geding te brengen dat daaruit duidelijk wordt welke werkzaamheden tegen welk tijdsbeslag voor welke kwestie zijn verricht en voorts met betrouwbare documenten aan te tonen dat de facturen uiteindelijk door hem zijn betaald. Daarom zal hij in de gelegenheid worden gesteld om daarvan akte te verzoeken met producties.”

Het hof heeft de zaak naar de rol verwezen voor uitlating van partijen.

1.10

Na aktewisseling heeft het hof bij eindarrest van 30 augustus 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:6943) de vonnissen van 6 november 2013 en 25 juni 2014 vernietigd, met uitzondering van enkele in cassatie niet relevante beslissingen. Opnieuw rechtdoende heeft het hof:

- *in conventie* [verweerder] veroordeeld tot betaling aan Macon van € 286.500,-, vermeerderd met rente en kosten, en veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen Macon ter voldoening aan het eindvonnis aan hem heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente;
- *in reconventie* Macon veroordeeld tot betaling aan [verweerder] van € 76.377,-, vermeerderd met rente en kosten, en voorts Macon veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen [verweerder] ter voldoening aan het eindvonnis heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente.

1.11

Ten aanzien van de betaling van de advocatendeclaraties overwoog het hof:

“2.8

Inmiddels staat vast dat de advocatendeclaraties niet op naam van [verweerder] waren gesteld maar van BVBA Arosa Investments (verder: Arosa Investments), die ook alle facturen aan het advocatenkantoor heeft betaald. [Verweerder] heeft (als productie 103 bij zijn akte uitlating) een uitdraai overgelegd van alle mutaties van de bankrekening van die vennootschap via welke de uitgaande betalingen aan het advocatenkantoor verliepen en waarop tevens een aantal inkomende betalingen voorkomen van [verweerder] dan wel zijn echtgenote [betrokkene 7], die volgens hem met hem in gemeenschap van goederen is gehuwd. [Verweerder] heeft dit alles samengevat in een Exceloverzicht (kolommen K en L in productie 104 bij die akte). Volgens [verweerder] heeft hij dan wel zijn echtgenote en eenmaal - via zijn rekening courant - zijn vennootschap [A] B.V. steeds zoveel aan Arosa Investments betaald als nodig was ter doorbetaling aan het advocatenkantoor en heeft Arosa Investments de kosten ervan volledig doorbelast aan hem privé. Dit laatste heeft Macon betwist onder verwijzing naar de jaarrekeningen van Arosa Investments over augustus 2010 tot en met 2014 (producties 107 tot en met 110 bij haar akte uitlating), die volgens haar indiceren dat Arosa Investments overeenkomstig de advocatendeclaraties verliezen heeft geleden en deze ten laste van haar eigen vermogen heeft gebracht en dat Arosa Investments de betalingen van de zijde van [verweerder] in zijn tegoed van [verweerders] rekening courantverhouding met haar heeft geboekt, waardoor zijn vordering op haar aanzienlijk is opgelopen.

2.9

Naar aanleiding hiervan oordeelt het hof als volgt.

Bij haar laatste akte heeft Macon er (sub 5 en 7) al in voorzien dat [verweerder] blijkbaar toch sinds 22 december 2000 in gemeenschap van goederen was gehuwd. [Verweerder] heeft vervolgens de akte tot wijziging van de huwelijkse voorwaarden van [verweerder] in algehele gemeenschap van goederen per 22 december 2000 (productie 107) in het geding gebracht, waarop Macon, hoewel dat mogelijk was, niet meer heeft gereageerd. Daarom neemt het hof aan dat [verweerder] in gemeenschap van goederen was gehuwd sedert 22 december 2000.

2.10.

Inmiddels heeft [verweerder] wel aangetoond dat hij dan wel zijn echtgenote en éénmaal - via zijn rekening courant - zijn vennootschap [A] B.V. de advocatendeclaraties heeft voldaan aan Arosa Investments. De verdere boekhoudkundige verwerking daarvan bij Arosa Investments kan mogelijk nieuwe vragen oproepen welke Maçon heeft gesteld, maar dit is niet doorslaggevend. [Verweerder] heeft bij zijn eerste akte na tussenarrest (sub 4) aangevoerd dat Arosa Investments geen middelen had om te betalen, hetgeen Macon niet heeft bestreden; terwijl Macon zelf bij haar akte na tussenarrest (sub 27) heeft uiteengezet dat er geen inkomstenstroom in Arosa Investments was. Aldus heeft [verweerder] de betalingen door en voor hem aan Arosa Investments aangetoond en dat is uiteindelijk beslissend, niet hun interne boekhoudkundige afwikkeling.”

Het hof overwoog verder dat Macon terecht heeft aangevoerd dat uit de overgelegde specificaties niet eenvoudig en overzichtelijk valt af te leiden hoeveel tijd de advocaat van [verweerder] heeft besteed aan het bestrijden van vorderingen (o) en (ii) in het kader van de hoofdzaak en het voorlopig getuigenverhoor. Het hof besloot daarom de omvang van de schade op de voet van artikel 6:97 BW te schatten (rov. 2.11). Nadat het hof enkele andere verweren van Macon had verworpen (rov. 2.12-2.13), heeft het hof de omvang van de door [verweerder] geleden schade schattenderwijs bepaald op € 76.377,- (rov. 2.14 - 2.18).

1.11

Macon heeft tegen dit eindarrest - tijdig - cassatieberoep ingesteld. [Verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Macon heeft afgezien van repliek. [Verweerder] heeft gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1

Het eerste middelonderdeel valt, na een inleiding, uiteen in drie subonderdelen. De klachten spitsen zich toe op hetgeen het hof heeft beslist in rov. 2.10 van het eindarrest.

2.2

Onderdeel 1.1 richt diverse klachten tegen het (impliciete) oordeel dat [verweerder] schade heeft geleden. De rechtsklacht houdt in dat het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip 'schade' in artikel 6:162 lid 1 BW en dat het hof miskent dat [verweerder], BVBA Arosa Investments en [A] B.V. verschillende rechtssubjecten zijn, die niet zonder meer vereenzelvigd kunnen worden. Betalingen door de een mogen niet (althans niet zonder meer) aan de ander toegerekend worden. De motiveringsklacht houdt in dat het hof niet heeft gerespondeerd op essentiële stellingen van Macon die erop neerkomen dat [verweerder] geen schade heeft geleden: (a) omdat Arosa Investments de betaling van de advocatendeclaraties blijktens haar jaarrekening niet aan hem heeft doorbelast, maar als verlies ten laste van haar eigen vermogen heeft gebracht, en (b) omdat bij Arosa Investments de door [verweerder] ter beschikking gestelde gelden in rekening-courant zijn geboekt en zij deze nog schuldig is aan [verweerder] (resp. waarvoor [verweerder] een vordering heeft op Arosa Investments).^[6.] De afwezigheid van een inkomstenstroom in Arosa Investments betekent niet (zonder meer) dat [verweerder] geen schade heeft geleden, zo betoogt het onderdeel.

2.3

Macon heeft niet toegelicht waarom de rechtsopvatting van het hof over het begrip 'schade' onjuist zou zijn. In zoverre voldoet de rechtsklacht niet aan de op grond van artikel 407 lid 2 Rv daaraan te stellen eisen van precisie.^[7.] Voor het overige ontbeert de rechtsklacht feitelijke grondslag: het bestreden arrest bevat geen aanknopingspunten dat het hof [verweerder], zijn echtgenote en de aan hem gelieerde vennootschappen wat betreft de betaling van de advocatendeclaraties met elkaar heeft vereenzelvigd.

2.4

Bij bespreking van de motiveringsklacht kan het vertrekpunt zijn, dat het hof [verweerder] in de gelegenheid heeft gesteld om aan te tonen dat hij de advocatendeclaraties uiteindelijk zelf heeft betaald in het kader van de beoordeling of hij door het onrechtmatig procederen van Macon schade heeft geleden; zie rov. 5.28 - 5.29 van het tussenarrest. In cassatie onbestreden is de vaststelling in rov. 2.10 van het eindarrest, dat Arosa Investments geen middelen had om de advocatendeclaraties te betalen en dat er in deze vennootschap geen inkomstenstroom was. Het hof heeft verder vastgesteld dat [verweerder] rechtstreeks, via zijn echtgenote (met wie hij in gemeenschap van goederen was gehuwd) en via zijn rekening-courantverhouding met [A] de advocatendeclaraties heeft voldaan aan Arosa Investments. Deze vaststelling is niet onbegrijpelijk, gezien de door [verweerder] overgelegde uitdraai van alle mutaties op de bankrekening van Arosa Investments en het eveneens door hem overgelegde overzicht daarvan in Excell, door het hof vermeld in rov. 2.8 van het eindarrest. Met deze vaststellingen heeft het hof voldoende inzichtelijk gemaakt waarom het Macon niet volgt in haar verweer dat Arosa Investments de advocatendeclaraties als verliezen ten laste van haar eigen vermogen heeft gebracht.

2.5

De vaststellingen van het hof maken echter niet duidelijk waarom het verweer van Macon zou falen dat [verweerder] voor de overboekingen aan Arosa Investments in de rekening-courantverhouding een tegoed op deze vennootschap heeft verkregen, tot terugbetaling waarvan de vennootschap verplicht is.^[8.] Indien dit betoog juist zou zijn, kan weliswaar nog steeds worden gezegd dat de advocatendeclaraties uiteindelijk door [verweerder] zijn voldaan, maar is geen sprake van door hem geleden 'schade' in de zin van een vermindering van zijn vermogen: met de betaling aan Arosa Investments correspondeert dan een vordering op deze vennootschap voor hetzelfde bedrag. Op dit punt heeft het hof onvoldoende inzicht verschaft in zijn gedachtegang. De motiveringsklacht is in zoverre gegrond. Het bestreden arrest kan om deze reden niet in stand blijven; na verwijzing zal op dit punt alsnog moeten worden ingegaan.

2.6

Onderdeel 1.2 bevat een hierop voortbouwende klacht. Deze is gericht tegen de vaststelling in rov. 2.10 dat [verweerder] heeft aangetoond dat hij de advocatendeclaraties heeft voldaan aan Arosa Investments. Indien het hof is uitgegaan van de stelling van [verweerder] dat Arosa Investments de advocatendeclaraties aan hem heeft doorbelast, dan is dat volgens de klacht onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd gezien het verweer van Macon dat Arosa Investments de advocatendeclaraties als verlies ten laste van haar eigen vermogen heeft gebracht. Indien het hof [verweerder] heeft gevolgd in zijn stelling dat hij gelden aan Arosa Investments ter beschikking heeft gesteld waarmee zij de declaraties heeft voldaan, dan is dat volgens de klacht onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd, gezien het verweer van Macon dat Arosa

Investments deze gelden nog schuldig is aan [verweerder] (resp. dat hij een vordering heeft op Arosa Investments).

2.7

Zoals hiervoor onder 2.4 al is opgemerkt, heeft het hof de vaststelling dat [verweerder] de advocatendeclaraties aan Arosa Investments heeft voldaan, kunnen baseren op de overboekingen die zijn vermeld in de uitdraai van de mutaties van de bankrekening van Arosa Investments en het overzicht daarvan in Excell. Dat de declaraties in de jaarrekening van Arosa Investments als verlies ten laste van haar eigen vermogen zijn gebracht behoefde het hof niet ervan te weerhouden, op dit punt de uitdraai en het Exceloverzicht beslissend te achten. Dat de overboekingen in de rekening-courantverhouding hebben geleid tot een tegoed van [verweerder] op Arosa Investments is niet in tegenspraak met de vaststelling dat hij de declaraties aan deze vennootschap heeft voldaan. Dit onderdeel faalt.

2.8

Onderdeel 1.3 klaagt over de overweging dat de verdere boekhoudkundige verwerking van de betalingen door [verweerder] aan Arosa Investments niet doorslaggevend is en dat uiteindelijk beslissend is dat [verweerder] de betalingen door en voor hem aan deze vennootschap heeft aangetoond. Macon klaagt dat het hof heeft miskend dat BVBA Arosa Investments en [A] B.V. afzonderlijke rechtssubjecten zijn en dat het hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, [verweerder] en deze vennootschappen met elkaar heeft vereenzelvigd.

2.9

Deze klacht faalt bij gemis van een feitelijke grondslag: het hof is in rov. 2.10 niet uitgegaan van vereenzelving van [verweerder], Arosa Investments en [A].

2.10

Onderdeel 2 houdt in dat gegrondbevinding van onderdeel 1 ertoe leidt dat oordelen en beslissingen die voortbouwen op de vernietigde oordelen eveneens voor vernietiging in aanmerking komen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Voetnoten

[\[1.\]](#)

In het vervolg van de procedure in eerste aanleg heeft Macon een eisvermeerdering doorgevoerd waarbij het aan adviseurskosten gevorderde bedrag is verhoogd tot € 34.929,95; zie de akte overlegging producties tevens houdende vermeerdering van eis van 14 maart 2013 en de conclusie na enquête tevens houdende vermeerdering van eis van 31 juli 2013. Het in totaal als hoofdsom gevorderde bedrag van € 378.366,85 is echter niet gewijzigd.

[\[2.\]](#)

Zie de conclusie van antwoord in reconventie tevens houdende akte vermindering van eis in conventie, alinea 26, en het proces-verbaal van comparitie, blz. 2.

[\[3.\]](#)

Dit is de vordering zoals deze is komen te luiden na de conclusie na contra-enquete in conventie en enquete in reconventie tevens houdende akte vermeerdering van eis in reconventie van 16 april 2014. Eerder was al een eisvermeerdering doorgevoerd bij antwoord conclusie na enquete in conventie tevens houdende akte vermeerdering van eis in reconventie van 28 augustus 2013.

[\[4.\]](#)

Zie MvG, nrs. 17 en 46.

[\[5.\]](#)

Het bezwaar van [verweerder] tegen deze eisvermeerdering is door het hof verworpen, zie rov. 4.5 van het tussenarrest.

[\[6.\]](#)

Als vindplaats van deze stellingen noemt het middel de akte uitlating van Macon van 9 februari 2016, alinea's 2, 9, en 19-27.

[\[7.\]](#)

Zie nader over het begrip schade: Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief), nr. 199-200, Lindenbergh Mon. BW-34, nr. 30 e.v.

[\[8.\]](#)

Zie de akte uitlating van Macon van 9 februari 2016, alinea's 24 en 27.