

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Devolutieve werking van het hoger beroep HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:345

Leidt de devolutieve werking van het hoger beroep er in het onderhavige geval toe dat de gegrondverklaring van de grief inzake de verjaring van de vorderingen tot gevolg heeft dat het hof over de toewijsbaarheid van de oorspronkelijke vordering moet oordelen?

Feiten

Tussen een Vereniging van Eigenaren ('VvE') en een aannemer ('de aannemer') is in 2011 een aannemings-overeenkomst gesloten om de galerijen van een appartementencomplex te voorzien van een nieuwe dekvloer en coating. De aangebrachte vloercoating vertoonde echter gebreken. Na een gezamenlijke inspectie, waarbij partijen hebben besproken dat een aantal punten zou worden hersteld, heeft een externe adviesgroep eind 2014 in opdracht van de VvE een rapport uitgebracht, waarin is geconcludeerd dat het werk ondeskundig is uitgevoerd. Daarop heeft de VvE de aannemer aansprakelijk gesteld wegens ondeugdelijke uitvoering van het werk. De aannemer heeft de VvE echter bericht geen aansprakelijkheid te erkennen. Voor zover in cassatie van belang vordert de VvE in dit geding primair ontbinding van de met de aannemer gesloten overeenkomst onder gelijktijdige toewijzing van schadevergoeding en subsidiair nakoming door de aannemer van de op hem rustende herstelverplichtingen en schadevergoeding.

Procedure

De rechtbank heeft de VvE niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen omdat deze ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding waren verjaard ex artikel 7:761 lid 1 BW. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de aannemer veroordeeld tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat. Volgens het hof is niet gebleken dat het werk is opgeleverd, heeft de VvE tijdig geklaagd over de coating, heeft zij de aannemer tijdig aangesproken op herstel en zijn haar vorderingen op de aannemer niet verjaard. Het bewijsaanbod van de aannemer wordt gepasseerd, nu dit niet is gebaseerd op voldoende geconcretiseerde stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden.

De aannemer klaagt in cassatie dat het hof hem heeft veroordeeld tot vergoeding van schade zonder te oordelen over de grondslag voor die vordering. Voorts klaagt hij dat het hof de devolutieve werking van het appel heeft miskend door verweren die de aannemer in eerste aanleg heeft gevoerd, onbehandeld te laten. Het oordeel van het hof dat de vorderingen van de VvE niet waren verjaard, bracht mee dat het hof vervolgens had moeten beoordelen of en, zo ja, op welke grond de vorderingen van de VvE toewijsbaar waren. Daarnaast klaagt de aannemer dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan het door hem gedane bewijsaanbod.

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof dat de vorderingen van de VvE niet waren verjaard met zich meebrengt dat het hof had moeten beoordelen of en, zo ja, op welke gronden de vorderingen van de VvE toewijsbaar waren. Bij dat oordeel had het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep moeten betrekken dat de aannemer in eerste aanleg gemotiveerd heeft betwist dat hij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de met de VvE gesloten aannemingsovereenkomst, dat hij zich heeft beroepen op het in zijn algemene voorwaarden opgenomen vervalbeding, dat hij in de gelegenheid gesteld zou moeten worden zelf de herstelwerkzaamheden te verrichten en dat de gepretendeerde tekortkoming onvoldoende ernstig is om ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen. De hierop gerichte klachten slagen. Voor wat betreft het onderdeel van het middel dat betoogt dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan het door de aannemer gedane bewijsaanbod, geldt dat deze klacht in het licht van het voorgaande eveneens slaagt.

In het Nederlandse civielrecht heeft het hoger beroep zogenoemde 'devolutieve werking'. De devolutieve werking van het hoger beroep houdt, kort gezegd, in dat de gehele zaak – op de voorwaarde dat het om het hoger beroep van een einduitspraak gaat – binnen de door de aangevoerde grieven bepaalde omvang van de rechtsstrijd wordt overgeheveld van de rechter in eerste aanleg naar de rechter in hoger beroep.¹ De devolutieve werking van het hoger beroep heeft tot gevolg dat de rechter in hoger beroep bij gegrondbevinding van een grief, de zaak binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep opnieuw dient te beoordelen. Dat betekent dat indien door de gegrondbevinding van een aangevoerde grief de toewijsbaarheid van de oorspronkelijke vordering onderhevig is aan de beslissing van de rechter in hoger beroep, de rechter daarbij alle in eerste instantie door partijen aangevoerde stellingen, voor zover zij deze niet hebben prijsgegeven, opnieuw zal moeten beoordelen, ook voor zover die stellingen door de

1. Zie onder andere HR 23 juni 2000, NJ 2001/347 (WMK) en HR 24 december 1993, NJ 1994/214 (Leebeek/Vrumona).

rechter in eerste aanleg zijn verworpen of niet zijn behandeld.² De rechter in hoger beroep moet de zaak dan zelf afdoen en mag deze niet terugverwijzen naar de rechter in eerste aanleg.³

In de onderhavige procedure staat de vraag centraal of de devolutieve werking van het hoger beroep in dit specifieke geval tot gevolg heeft dat het hof in hoger beroep had moeten beoordelen of en, zo ja, op welke grond de vorderingen van de VvE toewijsbaar waren, nu het tot het oordeel is gekomen dat de vorderingen van de VvE niet zijn verjaard. Meer specifiek doet zich de vraag voor of de rechter in hoger beroep de verweren die de aannemer in eerste instantie heeft aangevoerd, had moeten behandelen. Die vraag is door de Hoge Raad in de onderhavige procedure bevestigend beantwoord. Daarmee volgt de Hoge Raad de conclusie van de A-G.

Volgens de conclusie⁴ worden de grenzen van het geschil in hoger beroep naar vaste rechtspraak in beginsel bepaald door de appeldagvaarding en de memorie van grieven en door een eventueel incidenteel beroep. Voor zover de geïntimeerde in het dictum van het vonnis van de eerste rechter in het gelijk is gesteld, behoeft hij de stellingen die hij in dit verband in eerste instantie had verdedigd, maar die door de eerste rechter buiten behandeling zijn gelaten of verworpen, niet opnieuw door een incidenteel appel aan het oordeel van de appelrechter te onderwerpen. De devolutieve werking van het appel, waardoor de proceseconomie wordt gediend, brengt immers mee dat, zodra een of meer grieven doel treffen en op zichzelf tot vernietiging van het bestreden vonnis moeten leiden, de niet prijsgegeven stellingen die de geïntimeerde in dit verband in eerste instantie heeft verdedigd alsnog, dan wel wederom moeten worden beoordeeld.⁵ Het onderhavige arrest laat goed zien hoe de devolutieve werking van het hoger beroep in de praktijk dient te worden toegepast. De gegrondverklaring van de grief inzake de verjaring van de vorderingen van de VvE heeft hier tot gevolg dat het hof in hoger beroep de zaak binnen de grenzen van de rechtsstrijd opnieuw dient te beoordelen. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat het hof over de toewijsbaarheid van de oorspronkelijke vordering van de VvE had moeten beslissen, waarbij het hof alle in eerste instantie door partijen aangevoerde stellingen, voor zover deze niet waren prijsgegeven, opnieuw had moeten beoordelen, ook voor zover die stellingen door de rechter in eerste aanleg waren verworpen. Door dit na te laten en zonder oordeel over de grondslag van de vordering de aannemer te veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, wordt het hof hier, naar mijn mening, terecht door de Hoge Raad op de vingers getikt.

Zekerheidstelling voor onbetaald gebleven proceskosten uit een voorgaande instantie

HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:651

Kan op de voet van artikel 244 Rv in een volgende instantie zekerheidstelling worden gevorderd voor onbetaald gebleven proceskosten uit een eerdere instantie?

Feiten en procedure

IPMI, gevestigd in Iran, vordert in dit geding dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling van een geldsom. Verweerster heeft daarop (onder meer) bij incidentele conclusie op de voet van artikel 224 Rv gevorderd dat de rechtbank IPMI bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis veroordeelt tot het stellen van zekerheid voor de proceskosten. De rechtbank heeft in het incident, voor zover van belang, IPMI bevolen zekerheid te stellen ter zake van de proceskosten waarin zij in de hoofdzaak kan worden veroordeeld. Bij eindvonnis zijn de vorderingen van IPMI afgewezen en is zij ook in de proceskosten veroordeeld. IPMI is van dit eindvonnis in hoger beroep gekomen. Ook in deze appelprocedure heeft verweerster een incidentele vordering ingediend tot zekerheidstelling voor de proceskosten door IPMI. Bij arrest in het incident heeft het hof IPMI bevolen zekerheid te stellen. Met het restant van de proceskosten in eerste aanleg ad € 3169 houdt het hof echter geen rekening, omdat op grond van het bepaalde in artikel 224 lid 1 Rv de door het hof op te leggen zekerheidstelling beperkt is tot de proceskosten en de schadevergoeding tot betaling waarvan IPMI in hoger beroep veroordeeld zou kunnen worden en dit bedrag de proceskosten van de eerste aanleg betreft waarin IPMI in het eindvonnis reeds veroordeeld is. Enige tijd later heeft het hof bij arrest vastgesteld dat IPMI niet tijdig heeft voldaan aan het aan haar op de voet van artikel 224 Rv opgelegde bevel tot zekerheidstelling en heeft zij IPMI niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep van het vonnis van de rechtbank.

IPMI heeft tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld. Verweerster heeft in cassatie bij incidentele conclusie op de voet van artikel 224 Rv in verbinding met artikel 414 Rv zekerheidstelling voor de proceskosten van het geding in cassatie gevorderd. De incidentele vordering betreft tevens zekerheidstelling voor het onbetaald gebleven gedeelte van de proceskosten tot betaling waarvan IPMI in eerste aanleg is veroordeeld. Voor zover van belang heeft IPMI ten aanzien van dat laatste geconcludeerd tot afwijzing.

De Hoge Raad oordeelt dat voor onbetaald gebleven proceskosten tot betaling waarvan een partij in eerdere instanties is veroordeeld, niet op de voet van artikel 224 Rv zekerheidstelling kan worden gevorderd. Die bepaling ziet alleen op zekerheidstelling voor de rechtstreeks uit de desbetreffende instantie voortvloeiende proces-

2. Zie onder andere HR 28 februari 1969, NJ 1969/389 (*Van Oosten/Van Komen*), HR 26 maart 2004, NJ 2004/309 (*Anthea/ABN AMRO*) en HR 12 november 2004, NJ 2005/24 (*Gardenier/Trudo*).

3. Zie voor mogelijke uitzonderingen HR 16 april 1993, NJ 1993/654 (*Van der Belt/De Open Ankh*).

4. Parket bij de Hoge Raad 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:949.

5. HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.3.2. Zie verder bijvoorbeeld HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:838, r.o. 3.3.2; de conclusie onder 5.3 van A-G Hartlief 2020, ECLI:NL:PHR:2020:648.

kosten, zoals de Hoge Raad heeft beslist voor de voorloper van artikel 224 Rv (art. 152 (oud) Rv).⁶ Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 224 Rv volgt niet dat de wetgever op dit punt een wijziging heeft beoogd.⁷ Nu het enige punt waarop verweerster door het hof in het ongelijk is gesteld, de afwijzing betreft van haar vordering tot zekerheidstelling voor de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling, en die afwijzing gelet op het hiervoor overwogene juist is, ziet de Hoge Raad in dit geval geen aanleiding IPMI te verplichten zekerheid te stellen voor de kosten van een eventueel door verweerster in te stellen incidenteel cassatieberoep. Het hiervoor overwogene brengt mee dat de Hoge Raad van oordeel is dat IPMI zekerheid moet stellen voor de proceskosten van het principale cassatieberoep en het incident, en dat de vordering van verweerster voor het overige zal worden afgewezen.

In de onderhavige procedure staat de vraag centraal of op de voet van artikel 244 Rv in een volgende instantie zekerheidstelling kan worden gevorderd voor onbetaald gebleven proceskosten uit een eerdere instantie. Die vraag wordt door de Hoge Raad negatief beantwoord. De Hoge Raad herhaalt nog eens dat artikel 224 lid 1 Rv bepaalt, voor zover in deze zaak van belang, dat allen zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland die bij een Nederlandse rechter een vordering instellen of zich voegen of tussenkomen in een geding alhier, verplicht zijn op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten tot betaling waarvan zij veroordeeld zouden kunnen worden. De strekking van deze bepaling zou zijn te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde wordt geconfronteerd met oninbaarheid van een proceskostenveroordeling als gevolg van het ontbreken van de mogelijkheid tot tenuitvoerlegging daarvan in het land waar de eiser zijn woonplaats heeft.⁸ Op grond van het bepaalde in artikel 414 lid 1 Rv is artikel 224 Rv ook van toepassing in cassatie, met dien verstande dat slechts de oorspronkelijk eiser of verzoeker die ook principaal cassatieberoep heeft ingesteld, verplicht kan worden tot het stellen van zekerheid (zie art. 414 lid 2 en 3 Rv). Uit artikel 224 lid 1 Rv volgt dat de verplichting tot het stellen van zekerheid ziet op de proceskosten tot betaling waarvan de partij die zekerheid dient te stellen, veroordeeld zou kunnen worden. Daartoe behoren ook de kosten van het incident tot zekerheidstelling, en in cassatie de kosten van een eventueel in te stellen incidenteel cassatieberoep. Voor onbetaald gebleven proceskosten tot betaling waarvan een partij in eerdere instanties is veroordeeld, kan op de voet van artikel 224 Rv echter geen zekerheidstelling worden gevorderd. Daarmee volgt de Hoge Raad de conclusie van de A-G,⁹ die wijst op een eerder door de Hoge Raad gedane uitspraak uit 1925, die nog steeds gelding zou hebben.¹⁰ Daarin was bepaald dat artikel 152 (oud) Rv, de voorloper van artikel 224 Rv, alleen betreft de rechtstreeks uit

de instantie voortvloeiende kosten, schaden en interessen. Daaronder vallen de onbetaald gebleven proceskosten uit een eerdere instantie dus klaarblijkelijk niet.

LITERATUUR

Schorsing van de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis

Mr. P.J. Tanja

Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2021, afl. 1, art. 1

De tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis kan worden geschorst. Bij de beslissing op dat schorsingsverzoek moet de rechter zich een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis en daarnaast de belangen van partijen afwegen. Het hernieuwde kader van de Hoge Raad maakt partijen duidelijk hoe zij hun betoog moeten inkleden als zij een schorsing wensen of zich daartegen verzetten. Dit wordt besproken aan de hand van de *Yukos*-zaak (HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952).

Determining the law governing obligations in arbitration and the applicability of the Rome I Regulation

A.J. Bělohávek

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 634-651

The method and rules for determining the substantive law governing a contractual obligation that is the subject of international arbitration have always been a matter of broad debate among scholars. Increasing attention is paid to the arbitrators' relationship to EU law. In this article is discussed the question whether arbitrators are required to consider Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (the Rome I Regulation).

Lex mercatoria and its limits in international arbitration

Z. Meškić, A. Gagula

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 652-668

The focus of the paper will be to analyze the usability of lex mercatoria in arbitration proceedings, when the parties have not chosen it as the applicable law, because this is the most common situation in practice. The paper follows the steps of an arbitrator or council wishing to use lex mercatoria in arbitration.

Het toepasselijke bewijsrecht in arbitrage

Mr. P. Ernste

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 687-698

Bewijs speelt een belangrijke rol bij beslechting van geschillen in commerciële arbitrage. In deze bijdrage staat de vraag centraal op welke wijze in een door Nederlands arbitragerecht beheerste (internationale) arbitrage

6. Vgl. HR 30 april 1925, ECLI:NL:HR:1925:98.

7. Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 391 e.v.

8. Vgl. Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 392 en HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1580, r.o. 3.2.1.

9. Parket bij de Hoge Raad 22 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:55.

10. Parket bij de Hoge Raad 22 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:55.

het toepasselijke bewijsrecht, waaronder het recht dat op de bewijslastverdeling van toepassing is, wordt bepaald. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt met het toepasselijke bewijsrecht in geval van een procedure voor de Nederlandse gewone rechter.

Toepasselijk recht op de bindende kracht en de rechtsgevolgen van arbitrale uitspraken

Mr. dr. M. Zilinsky

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 699-714

In deze bijdrage staat de toekenning van het gezag van gewijsde aan arbitrale uitspraken centraal. De focus wordt gelegd op de vraag naar het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken in grensoverschrijdende situaties.

Enkele gedachten over de toepasselijkheid van het beginsel van ius curia novit in gerechtelijke procedures in verband met arbitrage en de gevolgen daarvan voor arbitrage

Prof. mr. N. Peters

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 715-730

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of, en zo ja in welke zin, in arbitrage en gerechtelijke procedures in verband met arbitrage het toepasselijke recht en de inhoud van dat recht ambtshalve moet worden vastgesteld. Hiervoor wordt eerst de werking van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW onderzocht in het kader van een bodemprocedure als de bevoegdheid van de rechter wordt betwist. Vervolgens wordt gekeken of dit van toepassing kan zijn in arbitrage. Daarna wordt de toepasselijkheid van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in het kader van een vernietigingsprocedure besproken en of, en zo ja op welke wijze, een vernietigingsprocedure de verplichting van arbiters beïnvloedt om ambtshalve regels van internationaal privaatrecht toe te passen en de inhoud van de toepasselijke regels ambtshalve vast te stellen.

Het recht van toepassing op de aansprakelijkheid van arbiters

Prof. mr. B. van Zelst

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2020, afl. 4, p. 731-747

In dit artikel wordt onderzocht welk recht van toepassing is op de (contractuele) aansprakelijkheid van de arbiter jegens de procespartijen in een arbitrage. De aard van de rechtsrelatie tussen de arbiter(s) en de procespartijen, en de kwalificatie daarvan in verschillende jurisdicties wordt eerst besproken gevolgd door de materiële toepasselijkheid van Rome I. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke toepassingen van die conflictregels, in het bijzonder artikel 4 Rome I.

Hoge Raad voert digitaal procederen in verzoekzaken in

Bron: Rijksoverheid Actueel, 22 februari 2021, Advocatenblad, Nieuws, 22 februari 2021

In civiele verzoekprocedures bij de Hoge Raad wordt digitaal procederen met ingang van 1 april 2021 verplicht. Vanaf 1 april wordt de papieren weg waarlangs cassatieadvocaten een verzoekschrift in cassatie indienen vervangen door het indienen van een procesinlei-

ding via het webportaal van de Hoge Raad. Ook daarna verloopt de uitwisseling van stukken tussen partijen en de Hoge Raad tijdens de procedure via het webportaal Mijn Zaak Hoge Raad.

Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?

Mr. H.K. Schrama, mr. M.J. Bosselaar

Bron: Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP) 2021, afl. 2, art. 111

In deze bijdrage worden de belangrijkste ontwikkelingen in het eerste jaar Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) bekeken aan de hand van de volgende onderwerpen: het overgangsrecht, ontvankelijkheid, de coördinatie van meerdere collectieve vorderingen en het verloop van de procedure.

De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe 'inhoudelijk' mag de voorfase zijn?

Mr. P.G.J. Wissink

Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2021, afl. 1

De centrale vraag in dit artikel is hoe de regel van artikel 1018c lid 5 Rv moet worden opgevat in verhouding tot de 'inhoudelijke' elementen van de ontvankelijkheidstoets onder de WAMCA en hoe de rechter het beste met die aspecten van de ontvankelijkheidstoets kan omgaan. Aan die vraagstelling ligt de gedachte ten grondslag dat er een balans moet worden gevonden tussen (a) de proceseconomische gedachte achter het 'uitstellen' van de inhoudelijke behandeling en (b) een effectieve invulling van de 'inhoudelijke' elementen van de ontvankelijkheidstoets.

Artikel 81 Wet RO: de stand van zaken

Mr. dr. T. van Malssen, mr. C.F.N. van Schaijk

Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2021, afl. 1

Bijdrage over de vraag 'hoe een gemiddeld 81-beroep volgens de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) vandaag de dag moet worden gewaardeerd, en of de invoering van de Wet versterking cassatierechtspraak heeft gemaakt dat deze vraag anders moet worden beantwoord dan, zeg, tien jaar geleden'. Hiervoor wordt op basis van een (deels) comparatieve analyse geprobeerd de huidige artikel 81 Wet RO-toepassingspraktijk van de civiele kamer van de Hoge Raad in kaart te brengen, aan de hand van de volgende drie hoofdvragen: (1) Welk type klachten in welk type zaken wordt tegenwoordig met artikel 81 Wet RO afgedaan, en zijn dat grofweg dezelfde typen klachten en zaken als ten tijde van de 'Haagse balie'?; (2) Hoe ziet en zag bij toepassing van artikel 81 Wet RO de verhouding eruit tussen afdoening in drieformatie versus afdoening in vijfformatie?; (3) Wat kan worden gezegd over de interactie tussen Hoge Raad en parket ter zake van de (niet-)toepassing van artikel 81 Wet RO?

Nienke Hemstra
CMS

■ Verbintenissenrecht

JURISPRUDENTIE

Exoneratiebeding: wat bepalen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?

HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153

Kan het tussen partijen overeengekomen exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar worden aangemerkt?

Casus en hoofdoverwegingen

Feiten

Huurder en verhuurder hebben op 3 januari 2011 zowel een franchise- als huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een winkelpand. Huurder heeft de onderneming gekocht van een vorige exploitant in hetzelfde winkelpand. Uit het rapport van het gehuurde blijkt dat vlak voor de verkoop reeds een asbestsanering is uitgevoerd met een asbestvrijverklaring tot gevolg. Onmiddellijk na ondertekening van het contract begint huurder met de sloop en vervanging van het winkelinterieur. Op 5 januari 2011 wordt dit echter door de Arbeidsinspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stopgezet nu bij de inspectie spuitasbest of resten daarvan in het winkelpand zijn aangetroffen. De resultaten van het onderzoek naar het asbest hebben vervolgens aan verhuurder aanleiding gegeven om het winkelpand tot nader order te sluiten.

Op 7 september 2012 stelt huurder verhuurder aansprakelijk voor alle schade die huurder heeft geleden en nog zal lijden. Naar aanleiding van deze aansprakelijkstelling vindt tussen beide partijen diverse malen overleg plaats over de mogelijkheid tot voortzetting van de exploitatie. Partijen komen onder andere overeen dat verhuurder gedurende deze onderhandelingsperiode wekelijks een bedrag van € 3403,71 aan huurder zal betalen ter compensatie van het omzetverlies. Deze overleggen lopen echter spaak waardoor verhuurder stopt met betaling van de wekelijkse compensatie en de huurovereenkomst ontbindt.

Huurder gaat over tot dagvaarding van verhuurder en vordert onder meer schadevergoeding wegens onterechte ontbinding van de overeenkomsten alsmede schadevergoeding wegens tekortkoming in de nakoming aan de zijde van verhuurder. In reactie hierop doet verhuurder een beroep op verschillende exoneratiebedingen die tussen partijen zijn overeengekomen.

Procedure

In eerste aanleg wordt een schadevergoeding toegewezen nu volgens de kantonrechter het asbest in het winkelpand een gebrek oplevert in het gehuurde in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW. Het hof bekrachtigt dit vonnis en oordeelt dat, voor zover in cassatie van belang, het beroep van verhuurder op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 BW). Het gebrek in het gehuurde heeft

volgens het hof namelijk geleid tot niet-nakoming van de kernprestatie van de overeenkomst, te weten het verschaffen van huurgenot. Tevens wordt hierbij in aanmerking genomen dat verhuurder voorafgaand aan deze procedure bereid was een wekelijkse compensatie te betalen voor het omzetverlies van huurder.

De verhuurder klaagt in cassatie dat het hof zowel de terughoudendheid waarmee de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden toegepast als de relevantie van alle omstandigheden van het geval in de beoordeling van een beroep op een exoneratiebeding heeft miskend.

Duiding

In het kader van de huurovereenkomst is de verhuurder uit hoofde van artikel 7:208 BW aansprakelijk voor de schade ontstaan door een gebrek, indien dit gebrek bij het aangaan van de overeenkomst aanwezig was en de verhuurder het toen kende of had behoren te kennen, of toen aan de huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had. In onderhavig geval heeft verhuurder te kennen gegeven dat het winkelpand vrij was van asbest terwijl dit achteraf onwaar bleek te zijn. Verhuurder is dan ook in beginsel gehouden om aan huurder de schade te vergoeden die door dat gebrek is ontstaan.¹ Verhuurder doet echter een beroep op een bepaling uit de huurovereenkomst waarmee aansprakelijkheid wordt uitgesloten. In onderhavige procedure staat de vraag centraal of het beroep op dit exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. De motivering die hieraan ten grondslag ligt, is dat de tekortkoming van de verhuurder, namelijk het verhuren van een winkelpand met asbest, de kern van de prestatie vormt en beide overeenkomsten door dit gebrek geen enkele betekenis meer hebben. Ook acht het hof van belang dat, gezien betaling van de wekelijkse compensatie, verhuurder zich gehouden heeft gevoeld om huurder schadeloos te stellen voor het gemiste huurgenot en de gemiste winst/omzet.

De Hoge Raad stelt echter dat het hof met zijn oordeel de terughoudendheid waarmee de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden toegepast heeft miskend, dan wel dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd. De Hoge Raad wijst erop dat artikel 11.9 van de algemene bepalingen behorend bij de huurovereenkomst inhoudt dat de daarin geregelde aansprakelijkheidsbeperkingen niet gelden bij schade als gevolg van grove schuld of ernstige nalatigheid van verhuurder ten aanzien van het gehuurde. Gelet hierop en met inachtneming van het verweer van verhuurder dat zij het gebrek kende noch behoorde te kennen, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het oordeel van het hof onjuist is. Het hof heeft onvoldoende duidelijk gemaakt waarom het beroep op de exoneratiebedingen uit de huurovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Met het oordeel van de Hoge Raad wordt de grote waarde van de door tussen partijen overeengekomen bepalingen benadrukt, ook indien dit een exoneratiebe-

1. Kamerstukken II 2000/01, 26089, nr. 19, p. 21.

ding betreft. Het moet dan ook niet gemakkelijk zijn om een bepaling terzijde te schuiven met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat een tekortkoming ziet op de kern van de prestatie of dat elke betekenis van de overeenkomst hierdoor wegvalt, is daarvoor dan ook onvoldoende. Belangrijk is dat alle omstandigheden van het geval worden meegenomen en tegen elkaar worden afgewogen. Tevens herinnert de kritische Hoge Raad het hof eraan dat voor toepassing van de beperkende werking een toereikende motivering cruciaal is. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad de terughoudendheid van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid benadrukt en wordt in lijn met de bestaande jurisprudentie geoordeeld.²

De al dan niet bestaande zorgplicht jegens derden bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak

HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:149

Hoe ver reikt de zorgplicht van een accountant jegens derden bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak?

Casus en hoofdoverwegingen

Feiten

In deze zaak wordt vergoeding van schade gevorderd die is veroorzaakt als gevolg van de gestelde beroepsfouten van de betrokken accountants en belastingadviseurs (hierna tezamen: de adviseurs). In 2002 zijn de adviseurs betrokken bij de overname van een onderneming gespecialiseerd in de productie en verkoop van luxe motorsloepen. De overname van de onderneming omvatte de overname van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de rechten van het intellectueel eigendom met betrekking tot de sloepen. Aan de accountant is destijds opdracht gegeven om de administratie over de jaren 2000 tot en met 2002 te ordenen en herin te richten. Gesproken wordt dan van een niet-wettelijke taak. Uiteindelijk blijkt op basis van de jaarstukken 2000 en 2001 (ten onrechte) dat de onderneming gezond was. Eisers (in totaal zeven) betogen dat zij door deze fout schade hebben geleden en dat zij bij een juiste weergave van de vermogenstoestand van de onderneming nooit in de onderneming zouden hebben geïnvesteerd. Gevorderd wordt een hoofdelijke veroordeling van adviseurs tot betaling van schadevergoeding aan diverse eisers. Zij voeren ter onderbouwing aan dat zij mochten vertrouwen op de beschikbare, door de accountant opgestelde jaarrekeningen en halfjaarcijfers met de mededeling dat onderzoek door een ander accountantskantoor niet nodig was.

Procedure

De rechtbank heeft in eerste aanleg alle vorderingen afgewezen wegens het ontbreken van het causaal verband tussen de gestelde beroepsfout en de schade. Ook het hof gaat hierin mee en bekrachtigt het vonnis. Het hof stelt dat de betrokken accountant in de uitvoering

van een niet-wettelijke taak in beginsel enkel een zorgplicht heeft jegens de opdrachtgever, maar dat onder omstandigheden deze zorgplicht eveneens kan gelden jegens derden. Het hof ziet echter niet hoe het (teleurgestelde) vertrouwen in de financiële vastlegging en de (vermeende) mededelingen van de accountant tot de conclusie zouden moeten leiden dat sprake is van schending van deze zorgplicht jegens eisers. De jaarcijfers zijn weliswaar opgesteld om inzicht te geven ten behoeve van de aankoopbeslissing, maar daarmee is nog niet gezegd dat de accountant er ten tijde van het uit handen geven van die cijfers rekening mee diende te houden dat de cijfers ter beschikking zouden komen van eisers alsmede dat zij bij het nemen van de aankoopbeslissing op deze cijfers zouden vertrouwen.

In cassatie klagen eisers dat het hof heeft miskend dat, indien vaststaat dat de accountant wist of behoorde te weten dat zijn rapportage ter beschikking van derden zou komen die daarop vertrouwen om een beslissing over een transactie te nemen en er dus sprake is van een zorgplicht van de accountant jegens die derde, het in dat geval niet relevant is of de accountant exact weet of behoort te weten welke derden (zeer) waarschijnlijk op de rapportage van de accountant zullen vertrouwen bij het nemen van een investeringsbeslissing. Volgens eisers geldt de bedoelde zorgplicht wel jegens derden.

Duiding

In onderhavige procedure gaat het om de vraag hoe ver de zorgplicht van een accountant jegens derden reikt bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak.

Vooropstaat dat een accountant in beginsel enkel een zorgplicht heeft jegens de opdrachtgever. Bij de uitvoering van niet-wettelijke taken kan echter ook een zorgplicht jegens derden bestaan indien de accountant ten tijde van het uit handen geven van de rapportage weet of behoort te weten dat deze ter beschikking van een derde zal komen en dat de desbetreffende derde (zeer) waarschijnlijk op de rapportage zal vertrouwen bij het nemen van een beslissing over een bepaalde transactie. Of een accountant bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak jegens een derde heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot betaamt, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval waarbij tevens de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen.

De Hoge Raad acht het oordeel van het hof dat de accountant jegens eisers geen zorgplicht heeft geschonden die bestaat in het nalaten maatregelen te treffen om te voorkomen dat derden – zoals eisers – aan de jaarrekeningen en halfjaarcijfers ten onrechte of onjuiste betekenis zouden toekennen, niet onjuist. De accountant hoefde er ten tijde van het uit handen geven van de jaarcijfers in augustus 2002 geen rekening mee te houden dat de door hem opgestelde cijfers na enige tijd ter beschikking van opvolgende kopers zouden komen en dat laatstgenoemden hun gedrag mede door die cijfers zouden laten bepalen.

2. Zie in dit kader onder andere HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540 (*Apeldoorn/Duisterhof*); HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942 (*FNV/Maas*); HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4501 (*Bouwkamp/Van Dijke*); HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (*GTI Zwolle/Zurich Versicherungsgesellschaft*).

Met dit oordeel bevestigt de Hoge Raad dat ook bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak een zorgplicht kan bestaan jegens een derde waarmee geen contractuele relatie bestaat. Of deze zorgplicht vervolgens is geschonden, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. De Hoge Raad heeft met deze uitspraak, namelijk erkenning dat de zorgplicht ook strekt tot niet-wettelijke taken, de reikwijdte van de zorgplicht jegens derden verruimd.

Voorts merkt A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2020:746) nog op dat het onderhavige geval vergelijkbaar is met de *Vie d'OR*-zaak, maar in die zaak draaide het om een wettelijke taak van de accountant. Een schending van de zorgplicht kan worden aangemerkt als in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid en daarmee zou eventuele aansprakelijkheid gebaseerd kunnen worden op artikel 6:162 BW.

LITERATUUR

Netherlands amends law on cross-border service provision by third-country insurers like UK Mr. T. Penninks (CMS), mr. L. Pronk (CMS), mr. J. Kluizenaar (CMS)

Bron: CMS, 22 maart 2021

On 17 March 2021, the Act amending the Dutch Financial Supervision Act (Wet op het financieel toezicht or DFSA), which introduces a prohibition on cross-border services by third-country insurers, entered into force. As a result, life and non-life insurers from non-EU/EEA-countries, such as the UK after Brexit, can no longer provide cross-border insurance services in the Netherlands.

Het averechts effect van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging Mr. M. Jongkind

Bron: Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht (NTHR) 2021, afl. 1

De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging beoogt het belang van de (aspirant-)verzekeringnemer te beschermen. In deze bijdrage wordt, na bespreking van het verzwijgingsleerstuk, uiteengezet welke zorgplicht op de assurantietussenpersoon rust in het kader van verzwijging. Daarna wordt ingegaan op het averechtse effect van die zorgplicht.

Risicoklassenindeling Digitale Veiligheid gelanceerd Drs. M. van Leeuwen

Bron: De Beursbengel, maart 2021, afl. 902

Begin 2021 heeft het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (CCV) de Risicoklassenindeling Digitale Veiligheid gelanceerd, gebaseerd op de bij verzekeraars ingeburgerde 'VRKI-methodiek'. Naast een objectief oordeel over het niveau van cyberrisico van een (mkb-)onderneming, biedt het instrument inzicht in de bijpassende beheersmaatregelen. Dit artikel schetst het belang en de werking van het instrument, waarmee de verzekeraarbaarheid van cyberrisico's kan worden vergroot.

De en bloc-clausule: een laatste redmiddel Mr. M. Jongkind

Bron: De Beursbengel, maart 2021, afl. 902

Bijdrage over de en bloc-clausule waarop de verzekeraar alleen onder zeer bijzondere omstandigheden een beroep kan doen. De polisvoorwaarden van een (consumenten)verzekering bevatten doorgaans een en bloc-clausule. Dit beding geeft de verzekeraar de bevoegdheid om de premie en/of de voorwaarden van alle bij hem lopende verzekeringen (dan wel bepaalde categorieën hiervan), in één keer te wijzigen. Gekeken wordt naar uitspraken hierover. Hieruit blijkt dat in de rechtspraak een terughoudende lijn is ontwikkeld bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een beroep op een en bloc-clausule. Wel bestaat verschil in de wijze waarop concreet invulling wordt gegeven aan die toetsing.

Kiki Bink
CMS

1. R.o. 2.2 en 2.3.