

■ Procesrecht

JURISPRUDENTIE

Eis in de hoofdzaak bij conservatoir beslag: ook met een verklaring voor recht kan een executoriale titel worden verkregen

HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:298

Kan met een verklaring voor recht als ingestelde eis in de hoofdzaak bij conservatoir beslag een executoriale titel worden verkregen?

Casus en hoofdoverwegingen

Lisman en Lisman B.V. (Lisman) heeft een kantoorpand verhuurd aan Rentec B.V. (Rentec). Al na een halfjaar is de achterstallige huur flink opgelopen, waarna Lisman conservatoir beslag legt op een pand van de enig bestuurder van Rentec. In een procedure (hierna: de hoofdzaak) bij de kantonrechter vordert Lisman hoofdelijke veroordeling van Rentec en haar bestuurder tot betaling van de achterstallige huur. De kantonrechter wijst de vordering jegens Rentec toe en de vordering jegens de bestuurder af. Rentec voldoet echter niet aan het vonnis. In hoger beroep betreft Lisman vervolgens alleen de bestuurder en vordert de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk te verklaren voor al hetgeen waartoe Rentec in eerste aanleg is veroordeeld. Hangende het hoger beroep wordt het pand van de bestuurder op verzoek van de hypotheekhouder met toestemming van de voorzieningenrechter onderhands verkocht. De restant-executieopbrengst van ruim € 100.000 is bij een notaris in depot gebleven. Het gerechtshof wijst de vordering in de hoofdzaak toe, maar toch worden Lisman en de bestuurder het niet eens over de verdeling van het depot en betaling blijft uit. De oplettende lezer viel wellicht het verschil tussen de eis in eerste aanleg (veroordeling tot betaling) en de eis in hoger beroep (verklaring voor recht) in de hoofdzaak op. Dit verschil is in dit gesignaleerde arrest van de Hoge Raad, gewezen in een renvooiprocedure, van groot belang. In deze renvooiprocedure ging het over de vraag of Lisman op basis van een conservatoir beslag op een onroerende zaak, gevolgd door een verklaring voor recht, mag delen in de na de executieverkoop door de hypotheekhouder resterende netto-executieopbrengst.¹ De Hoge Raad oordeelt als volgt. Wanneer conservatoir beslag is gelegd voor een vordering, wordt een executoriale titel verkregen doordat de beslagdebiteur wordt veroordeeld tot voldoening van die vordering. Niet uitgesloten is echter dat de beslaglegger volstaat met een eis (in de hoofdzaak) die strekt tot vaststelling van de gegrondheid en de omvang van zijn vorderings-

recht. Bij toewijzing van de eis levert de uitspraak voor het daarin vastgestelde vorderingsrecht dan een executoriale titel op, als met die vaststelling duidelijk is dat de beslaglegger daadwerkelijk aanspraak kan maken op betaling. De vereiste duidelijkheid kan erin bestaan dat in de uitspraak wordt vastgesteld dat de beslagdebiteur hoofdelijk aansprakelijk is voor hetgeen waartoe een andere partij al eerder werd veroordeeld.²

Duiding

Het instellen van een eis in de hoofdzaak is een vereiste voor conservatoir beslag en vloeit voort uit artikel 700 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het uiteindelijke doel van de hoofdzaak is een executoriale titel verkrijgen zodat, als deze voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden, het conservatoir beslag overgaat in een executoriaal beslag (art. 704 lid 1 Rv). Wordt de eis in de hoofdzaak afgewezen en is deze afwijzing in kracht van gewijsde gegaan, dan vervalt daardoor van rechtswege het conservatoir beslag (art. 704 lid 2 Rv). Met dit juridische kader in ogenschouw besteden wij graag kort aandacht aan de stellingname van de bestuurder die uiteindelijk tot deze uitspraak heeft geleid. De stellingname van de bestuurder (en overigens ook twee andere eisers met executoriaal derdenbeslag op het overschot van de executieopbrengst na verdeling) hangt vooral samen met het feit dat Lisman in de hoofdzaak in eerste aanleg een vordering tot veroordeling (tot betaling) instelde en in hoger beroep een verklaring voor recht. De in eerste aanleg ingestelde eis in de hoofdzaak tot veroordeling van de bestuurder tot betaling is namelijk afgewezen. Tegen die afwijzing heeft Lisman het beslag vervolgd door het appel te exploiteren, maar daarin werd de eis gewijzigd tot een verklaring voor recht. Uit de hierboven genoemde hoofdoverweging is al te destilleren dat de bestuurder van mening was dat enkel de later toegewezen verklaring voor recht onvoldoende was voor (1) een executoriale titel en voor (2) het vervolgen van het beslag na de afwijzing van de veroordeling van de bestuurder tot betaling in eerste aanleg in de hoofdzaak, aangezien deze afwijzing tot veroordeling nu vaststond. In de reeds aangehaalde hoofdoverweging verduidelijkt de Hoge Raad dat ook een verklaring voor recht *kan* volstaan voor het verkrijgen van een executoriale titel. Hier zijn wel voorwaarden aan gekoppeld. De eis moet strekken tot vaststelling van de gegrondheid en de omvang van het vorderingsrecht waarvoor het conservatoir beslag is gelegd. Als duidelijk is dat de beslaglegger met die vaststelling daadwerkelijk aanspraak kan maken op betaling, dan levert de uitspraak een executoriale titel op. Toch merkt de Hoge Raad expliciet op dat een executoriale titel in beginsel wordt verkregen doordat de beslagdebiteur wordt *veroordeeld* tot voldoe-

1. HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:298, r.o. 2.4.

2. HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:298, r.o. 3.2.3.

ning van die vordering. Er zijn meerdere wegen die naar Rome leiden, maar de vordering tot veroordeling lijkt toch de gangbaarste route.

Nog noemenswaardig is dat de bestuurder ook van mening was dat (3) de door het instellen van de eis in eerste aanleg in de hoofdzaak gestuite verjaring niet opnieuw gestuit is door het instellen van de gewijzigde eis in hoger beroep. Door de verstreken tijd zou de vordering van Lisman hierdoor ondertussen verjaard zijn. Het gerechtshof ging hier in de renvooiprocedure, net als de rechtbank, niet in mee. Opvallend is wel dat naar het oordeel van het gerechtshof wijziging van de rechtsvordering tot veroordeling naar de verklaring voor recht in feite neerkomt op een vermindering van eis.³ Toch overwoog het gerechtshof dat de bestuurder uit de resterende eis in de hoofdzaak in redelijkheid niet mocht concluderen dat Lisman haar eis en beslagvordering niet langer handhaafde of introk.⁴ Daarmee heeft het gerechtshof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat het de bestuurder duidelijk moet zijn geweest dat de eis van Lisman strekte tot vaststelling dat Lisman daadwerkelijk aanspraak kan maken op betaling van de vordering waarvoor zij ten laste van de bestuurder beslag had gelegd.⁵ In cassatie blijft deze vaststelling van het gerechtshof onbestreden, waardoor de Hoge Raad oordeelt dat de vordering, gelet op de verjarings-termijn, haar afdwingbaarheid nog niet heeft verloren.

L.J.W. Sip
CMS

Toerekening inzage van camerabeelden door een advocaat aan diens cliënt(en), twee voor de prijs van één?

HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274

Dient de situatie waarin de advocaat van een partij camerabeelden heeft bekeken gelijkgesteld te worden met een inzage door diens cliënt(en) en wat betekent dit voor het vereiste dat een bewijsaanbod afdoende specifiek dient te worden ingestoken en ter zake dienend moet zijn?

Casus en hoofdoverwegingen

Is de politie aansprakelijk voor de schade die eisers (een echtpaar) door zelfdestructief gedrag van een van de eisers gedurende een periode van insluiting in een politiecel als gevolg van onrechtmatig handelen hebben geleden?⁶ Deze vraag lag ten grondslag aan de zaak die aanhangig werd gemaakt voor de rechtbank Overijssel en die uiteindelijk heeft geleid tot een inhoudelijk procesrechtelijk relevante beslissing bij de Hoge Raad. De

rechtbank wees de vorderingen van eisers af.⁷ In kort geding verzochten eisers het gerechtshof toe te staan de camerabeelden die waren gemaakt van het verblijf van eiser in de politiecel op zitting te tonen.⁸ Het gerechtshof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en wees dit verzoek af. Het gerechtshof achtte het bekijken van de camerabeelden niet noodzakelijk voor de beoordeling van de vorderingen van eisers. Eisers hadden, aldus het gerechtshof, zelf de mogelijkheid gehad deze camerabeelden te bekijken en hadden nadien geen omstandigheden aangevoerd waaruit bleek op welke wijze deze beelden afweken van de beschrijving in het proces-verbaal en waarom dit relevant was voor de beoordeling van de vorderingen van eisers.⁹ Eisers stelden in hoger beroep dat dit oordeel onbegrijpelijk was, nu zij niet zelf de gelegenheid hadden gehad om de camerabeelden te bekijken, maar alleen hun advocaat.¹⁰

De Hoge Raad vernietigde het oordeel van het gerechtshof. De onderbouwing van het verzoek van eisers in het kort geding was wel degelijk afdoende gemotiveerd en tevens van belang voor de ter beoordeling voorliggende vraag. Het gerechtshof was er ten onrechte van uitgegaan dat in kort geding de vordering van eisers tot inzage van de camerabeelden was toegewezen. Het oordeel van het gerechtshof inhoudende dat eisers zelf al de gelegenheid zouden hebben gehad om de camerabeelden te bekijken, dat ook hadden gedaan en dat daarom van hen verlangd mocht worden toe te lichten wat er meer op de camerabeelden te zien was dan in het schema bij het proces-verbaal stond en in hoeverre de camerabeelden hiervan afweken, was hierom onbegrijpelijk. Indien het gerechtshof tot dit oordeel was gekomen gezien het feit dat de advocaat van eisers, nog voor het kort geding, de camerabeelden had bekeken op het politiebureau, had het gerechtshof daaruit niet zonder nadere motivering de conclusie mogen trekken dat eisers in staat waren geweest bij hun verzoek verschillen tussen de camerabeelden en het proces-verbaal te specificeren.¹¹

Ook de klacht dat het gerechtshof het bewijsaanbod van eisers om de rechercheur die het proces-verbaal had opgemaakt als getuige te horen niet toereikend gemotiveerd had afgewezen, slaagde. Het gerechtshof had dit bewijsaanbod namelijk om dezelfde reden afgewezen als het verzoek tot het tonen van de camerabeelden en had daarmee onterecht tot uitdrukking gebracht dat van eisers mocht worden verwacht dat zij concretiseerden in hoeverre de camerabeelden afweken van de beschrijving in het proces-verbaal en dat, nu eisers dat hadden nagelaten, het horen van de rechercheur die het proces-verbaal had opgemaakt niets zou toevoegen aan het proces-verbaal zelf.¹²

3. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3417, r.o. 4.4.

4. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3417, r.o. 4.4.

5. HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:298, r.o. 3.2.4.

6. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 2.2.

7. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 2.3.

8. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 2.5.

9. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 2.6.

10. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 3.1.1.

11. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 3.1.3.

12. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, r.o. 3.2.1-3.2.2.

Duiding

Mocht het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden voorbijgaan aan een verzoek tot het bekijken van camerabeelden en een aanbieding tot getuigenbewijs van de hand wijzen? Deze rechtsvragen vormden de kern van onderhavige zaak.

Ingevolge artikel 152 lid 1 Rv is het uitgangspunt dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.¹³ Voor een aantal bewijsmiddelen, waaronder het getuigenverhoor, bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering specifieke voorschriften.¹⁴ Artikel 166 lid 1 Rv bepaalt dat indien bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, de rechter een getuigenverhoor beveelt zo vaak een van de partijen het verzoekt en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. In beginsel heeft een partij recht op getuigenbewijs. Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt met betrekking tot het bewijsaanbod in hoger beroep als uitgangspunt dat een partij tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het bewijsaanbod moet aldus voldoende specifiek en ter zake dienend zijn. Of hieraan is voldaan hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁵

Camerabeelden als bewijsmiddel zijn, in tegenstelling tot getuigenbewijs, niet in de wet geregeld. De bestaande regels voor bewijslevering kunnen rechtstreeks dan wel naar analogie worden toegepast. Beeld- en geluidsopnamen moeten net als schriftelijke bewijsstukken door een partij uit eigen beweging in het geding worden gebracht. Indien een partij zelf geen beschikking heeft over bewijs, kan dit logischerwijs echter niet worden verwacht. Tevens geldt de zogeheten wegwijsplicht, wat inhoudt dat een partij die bewijsstukken overlegt duidelijk moet aangeven welk stuk ter onderbouwing van welke stelling wordt ingebracht en welk gedeelte van het stuk relevant is. Indien een partij dit (desgevraagd) nalaat, kan de rechter de opname(s), zo blijkt uit artikel 22b Rv, buiten beschouwing laten. Een rechter behoeft geen opheldering te vragen indien direct duidelijk is dat het bewijsmateriaal niet relevant is.¹⁶

In onderhavige zaak werd de vordering van eisers afgewezen, omdat eisers volgens het gerechtshof niet afdoende hadden onderbouwd op welke wijze de camerabeelden afweken van het proces-verbaal en waarom dit tot een andere beslissing van de zaak zou leiden. Dezelfde redenering werd aan de afwijzing van het getuigenbewijsaanbod ten grondslag gelegd. Het recht op kennisname van stukken in de procedure komt echter toe aan een partij zelf en het recht van de advocaat van een partij dit eveneens te doen, is een daarvan afgeleid recht.¹⁷ Het feit dat, zoals in onderhavige zaak het geval was, de advocaat van de partij de camerabeelden heeft bekeken, kan dus niet gelijk worden gesteld met het bekijken van die beelden door deze partij zelf. Logischerwijs kan in zo'n geval een verzoek tot inzage van came-

rabebelden dan wel het passeren van een getuigenbewijsaanbod niet worden afgewezen op de grond dat de verzoekende partij niet heeft voldaan aan haar plicht het bewijsaanbod afdoende specifiek in te steken alsmede te onderbouwen dat dit ter zake dienend is, nu deze partij überhaupt geen vergelijkende analyse heeft kunnen uitvoeren.

J.T. Maat

CMS

LITERATUUR

De reikwijdte van de informatieplicht van artikel 475g lid 1 Rv

Mr. S.N.J. Putter

Bron: *Beslag en executie in de rechtspraak* (BER) 2022, afl. 1, art. 18

Dit is een annotatie bij HR 26 november 201, ECLI:NL:HR:2021:1776. Een schuldeiser heeft verschillende opties als er geen (voldoende) vermogensbestanddelen worden aangetroffen om zich op te verhalen. In dit artikel bespreekt de auteur de optie van de schuldeiser om een in de wet opgenomen informatieplicht af te dwingen van de schuldenaar op grond waarvan informatie moet worden prijsgegeven om het verhaal door de schuldeiser te faciliteren.

Art. 21 Rv: waarheid en volledigheid binnen de grenzen van art. 24 Rv

Mr. J.W. de Jong

Bron: *Beslag en executie in de rechtspraak* (BER) 2022, afl. 1, art. 17

In een arrest van 16 juli 2021 sprak de Hoge Raad zich uit over de toepassing van artikel 21 Rv in hoger beroep. Het arrest geeft aanleiding tot een beschouwing van de verplichtingen die deze waarheids- en volledigheidsplicht op procespartijen legt. De auteur gaat hier in dit artikel uitgebreid op in. Ook komt hierbij het voorstel tot aanpassing ervan in de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht aan de orde.

Het negatief narratief van het Nederlands executierecht

Mr. dr. G.J.P. Molkenboer

Bron: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (TCR) 2022, afl. 1

Het executierecht is volgens de auteur het fundament onder 'de gerechtelijke afhandeling van geschillen'. Het waarborgt de daadwerkelijke naleving van rechterlijke uitspraken en vormt daarmee het fundament voor het vertrouwen in de civiele procedure. Wat betekent immers toegang tot de overheidsrechter nog als op voorhand het perspectief op effectuering van diens beslissing diffuus wordt? In dit artikel gaat de auteur hier uitgebreid op in.

13. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 3.2.

14. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 3.3.

15. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 3.6-3.8.

16. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 3.16-3.24.

17. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 4.19.

Ne bis in idem in het civiele (proces)recht Prof. mr. G. van Rijssen

Bron: *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht (JBPr)* 2022/1

De auteur gaat in dit artikel in op een tweetal recente zaken waarin de rechter om verschillende redenen aan een partij de mogelijkheid ontzegt om een beslissing te verlangen aangaande een punt waarover de rechter al in een eerdere procedure tussen dezelfde partijen heeft geoordeeld. Volgens de auteur legt de rechterlijke motivering in deze zaken bloot dat (ook) rechters worstelen met de toepassing van de samenhangende leerstukken die bekend staan onder de namen 'ne bis in idem' en 'gezag van gewijsde'.

M. Tak
CMS

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Pas op voor de onredelijk bezwarende bedingen!

HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81

Zijn de bedingen uit de algemene voorwaarden van de schadeverzekeringen van Achmea op de voet van artikel 6:240 Burgerlijk Wetboek (BW) als onredelijk bezwarend te beschouwen?

Casus en hoofdoverwegingen

Tussen de Stichting Ombudsman Schadeverzekeringen Nederland (OSN) en Achmea Schadeverzekeringen N.V. (Achmea) is een geschil ontstaan.

Volgens OSN hanteert Achmea onredelijk bezwarende bedingen in de algemene voorwaarden van haar schadeverzekeringen. Meer specifiek zien de bezwaren van OSN op de door Achmea gebruikte bedingen over de vergoeding van de kosten van een door een verzekerde ingeschakelde contra-expert. Uit die bedingen volgt dat slechts de kosten worden vergoed van experts die zijn ingeschreven in het register van het Nederlands Instituut van Register Experts (NIVRE) of een vergelijkbare beroepsorganisatie, mits die beroepsorganisatie zich houdt aan de 'Gedagcode schade-expertiseorganisatie van het Verbond van Verzekeraars'.

OSN stelt bij brief van 2 oktober 2018 Achmea in de gelegenheid om in onderling overleg het gebruik van de gewraakte bedingen te staken, omdat deze bedingen, volgens OSN, onredelijk bezwarend zijn. Bij brief van 18 januari 2019 richt OSN nogmaals een soortgelijk verzoek tot Achmea. Achmea geeft echter op beide verzoeken geen gehoor.

Nu OSN ten doel heeft het behartigen en beschermen van de belangen van natuurlijke en rechtspersonen die een overeenkomst van schadeverzekering zijn aangegaan, kan OSN op grond van artikel 6:240 BW in rechte vorderen dat bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard.

OSN vordert primair een verklaring voor recht dat de bedingen van Achmea onredelijk bezwarend zijn in de zin van artikel 6:240 lid 1 BW in de verhouding van Achmea tot een consument-verzekerde, en subsidiair een verbod om de bedingen jegens een consument-verzekerde te gebruiken. Ingevolge artikel 6:241 lid 1 BW is het gerechtshof Den Haag bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van een dergelijke vorderingen.

Het gerechtshof is – met Achmea – van oordeel dat het in het belang van een verzekerde is dat een ingeschakelde contra-expert aan minimumkwaliteitseisen voldoet. Een consument heeft in beginsel echter de vrijheid zijn eigen deskundige te kiezen en het is niet uitgesloten dat een contra-expert die niet aan de door Achmea gestelde voorwaarden voldoet, toch in staat is een kwalitatief goede contra-expertise uit te voeren. De redelijke kosten voor een dergelijke expert behoren op de voet van artikel 7:959 lid 1 BW door Achmea te worden vergoed, ook in het geval dat de expert niet aan de eisen die in de bedingen van Achmea worden gesteld voldoet. Het gerechtshof verklaart om die reden voor recht dat de bedingen van Achmea in strijd zijn met artikel 7:959 BW en daarom onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:240 lid 1 BW.¹

De Hoge Raad oordeelt dat dat het gerechtshof op een juiste wijze tot dit oordeel is gekomen. Een beperking van de mogelijkheid van de verzekerde om voor rekening van de verzekeraar een eigen expert in te schakelen, is in strijd met artikel 7:959 lid 1 BW indien die beperking verder gaat dan uit de dubbele redelijkheidstoets volgt.

Duiding

Ingevolge artikel 7:959 lid 1 BW komen expertisekosten voor rekening van de verzekeraar, ook als daardoor tezamen met de vergoeding van schade de verzekerde som wordt overschreden. Op grond van artikel 7:963 lid 6 BW kan niet ten nadele van de verzekeringnemer of de verzekerde van deze bepaling worden afgeweken voor zover de daarin bedoelde kosten niet het bedrag overschrijden dat gelijk is aan de verzekerde som en de verzekeringnemer een natuurlijk persoon is die de verzekering anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf heeft gesloten. In zoverre is dus sprake van dwingend recht. De wetgever beoogt met artikel 7:959 lid 1 BW niet alleen compensatie van de schade, maar ook de redelijke kosten die de verzekerde moet maken om de hoogte van de schade vast te stellen. De verzekerde moet namelijk zo volledig mogelijk schade-loos worden gesteld.

Of in een concreet geval de kosten van een expert voor vergoeding in aanmerking komen (en zo ja, tot welk bedrag), wordt bepaald op basis van de dubbele redelijkheidstoets, naar analogie van artikel 6:96 lid 2 onder b BW.² Zowel het maken van de kosten als de omvang van de gemaakte kosten moet redelijk zijn en het is aan de verzekerde om die omvang aan te tonen. De kosten die gemaakt zijn om de oorzaak van de schade vast te stellen zijn daarentegen op grond van dit artikel niet voor de rekening van de verzekeraar te brengen.

1. Hof Den Haag 2 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:940.

2. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 31.

Duidelijk is dus dat de verzekeraar op grond van artikel 7:959 lid 1 BW gehouden is om, indien aan de dubbele redelijkheidstest is voldaan, de expertisekosten van de verzekerde te vergoeden, en het is niet toegestaan om in de verzekeringsvoorwaarden bij een consumentenverzekering ten nadele van verzekeringnemer of de verzekerde van dit artikel af te wijken. Maar waar het uiteindelijk om draait, is de vraag of het een verzekeraar binnen het kader van artikel 7:959 lid 1 jo. artikel 7:963 lid 6 BW is toegestaan om in de verzekeringsvoorwaarden van een consument-verzekerde kwaliteitseisen te stellen waaraan de door de verzekerde gekozen expert moet voldoen. Helaas geven noch de tekst en de wetsgeschiedenis van de artikelen noch de rechtspraak antwoord op deze vraag.

Volgens advocaat-generaal Hartlief krijgt het belang van de vrijheid van de verzekerde om een 'eigen' expert in te schakelen te weinig aandacht. Het belang van de verzekerde is namelijk groot: hij staat bij het vaststellen van de schade tegenover de verzekeraar, die zich in dat traject door bedrijfseconomische afwegingen laat leiden.³

De verzekeraar kan na indiening van een claim door de verzekerde uiteraard, conform de wet, aanvoeren dat de kosten van de door de verzekerde ingeschakelde expert niet redelijk zijn, bijvoorbeeld omdat deze niet aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet of omdat deze niet deskundig is. Maar het verschil van een dergelijke situatie in vergelijking met de algemene voorwaarden van Achmea is dat Achmea al op voorhand invulling geeft aan (een deel) van de dubbele redelijkheidstoets. Achmea beperkt hiermee de vrijheid van de consument in de keuze voor een expert, wat haaks staat op de vrijheid die juist aan de verzekerde is toebedeeld. Het oordeel van het gerechtshof en de Hoge Raad komt niet geheel onverwachts. Het ligt in de lijn der verwachting dat de consument ook in deze situatie een voordelige positie inneemt. De consument heeft ten opzichte van een verzekeraar een zwakkere positie, maar door middel van onder meer deze regelgeving wordt de consument bescherming geboden tegen dergelijke grotere en professionele partijen. Het is dan ook een typisch geval van consumentenbescherming.

Een verzakt winkelcentrum: wie is aansprakelijk?

HR 4 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:121

Kunnen de eigenaren van het winkelcentrum te Heerlen aansprakelijk worden gehouden voor de schade ontstaan door de verzakking (*sinkhole*)?

Casus en hoofdoverwegingen

In 1966 is in Heerlen een winkelcentrum geopend, bestaande uit winkels, woningen en een parkeergarage (het Winkelcentrum).

Vastgoed 't Loon koopt in 1995 het Winkelcentrum. Tussen 1996 en 2002 wordt het Winkelcentrum gesplitst in drie appartementsrechten: Soluna B.V. koopt het appartementsrecht betreffende de woningen, NSI koopt het appartementsrecht met betrekking tot de winkels

en Vastgoed 't Loon houdt het appartementsrecht ten aanzien van de parkeergarage. In 2003 koopt Q-Park Exploitatie B.V. (Q-Park) alle aandelen in Vastgoed 't Loon. In 2005 koopt 3W Holding B.V. (3W) het appartementsrecht betreffende de woningen. Zowel Q-Park, NSI als 3W is lid van de Vereniging van Eigenaars (VVE).

Tussen 1994 en 2003 zijn scheurvormingen in de parkeergarage ontstaan. De beheerders laten door Werf & Nass (W&N) en Geoconsult Geotechniek B.V. (Geoconsult) diverse onderzoeken verrichten en renoveren het Winkelcentrum, maar ondanks dat ontstaat in 2011 onder de parkeergarage een *sinkhole*. Als gevolg van ondiepe mijnwinning in het verleden is in een korte tijd 30-50 m³ aarde neerwaarts geschoven.

Door verslechtering van de constructieve veiligheid van het Winkelcentrum oefent de gemeente Heerlen bestuursdwang uit strekkende tot sloop van een deel van het Winkelcentrum, waar zich een winkel van C&A bevond. Chubb heeft als verzekeraar van C&A ter zake van de ontstane schade aan C&A een uitkering gedaan ter hoogte van € 1.724.683,89.

De vordering van Chubb ziet op het regres dat zij wil nemen op de VVE, Q-Park, NSI en 3W (VVE c.s.). Chubb legt aan haar vordering ten grondslag dat VVE c.s. wisten van de structurele problemen in de bodem onder het Winkelcentrum die hebben geleid tot de verzakking. Desondanks hebben VVE c.s. geen of onvoldoende maatregelen genomen om deze problemen en de mogelijke gevolgen daarvan te onderzoeken, op te lossen of te monitoren.

De rechtbank wijst de vorderingen af. Zelfs als VVE c.s. kennis hadden of behoorden te hebben van de inhoud van de onderzoeksrapporten die zij verkregen naar aanleiding van de diverse onderzoeken, kan hun geen nalaten worden verweten.

Het gerechtshof vernietigt het vonnis. De VVE en Q-Park, als eigenaren van het Winkelcentrum, hebben onvoldoende toegelicht waarom het advies van Geoconsult, namelijk het contact opnemen met Staatstoezicht op de Mijnen (SodM), niet is opgevolgd. Indien het advies was opgevolgd, zou SodM een nader onderzoek hebben kunnen uitvoeren waarna rekening kon worden gehouden met het ontstaan van een *sinkhole*.

De Hoge Raad oordeelt dat de klachten in de zaken VVE/Chubb en Q-Park/Chubb slagen. De Hoge Raad acht het oordeel van het gerechtshof dat het verweer van de VVE en Q-Park onvoldoende is gemotiveerd, onbegrijpelijk.

Duiding

Als een verzekeraar de schade vergoedt van haar verzekerde, gaan op grond van artikel 6:150 BW de vorderingen tot schadevergoeding die de verzekerde op derden had over op de verzekeraar. Door subrogatie treedt de verzekeraar in de plaats van de verzekerde. Een vereiste voor subrogatie is dat een derde de vordering van de schuldeiser voldoet. Belangrijk voor de vraag in hoeverre de vordering bij subrogatie op de derde overgaat, is dat de derde geen groter bedrag voldoet dan de vorder-

3. Concl. A-G Hartlief 26 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:643.

ring op de schuldeiser bedraagt en dat indien de derde niet de gehele vordering van de schuldeiser voldoet, de derde slechts in de rechten treedt voor zover is betaald.⁴ Nadat voldoening door een derde plaatsvindt, heeft de schuldeiser geen vordering meer op de schuldenaar. Subrogatie geschiedt in de meeste gevallen van rechtswege.

In het onderhavige geval is Chubb de derde die de vordering van C&A voldoet. Chubb treedt hierdoor in de plaats van C&A en Chubb kan als gevolg daarvan een vordering instellen om bij de schuldenaar, in casu de VVE en Q-Park, de schade te verhalen. In dit kader is van belang dat Chubb zich heeft gebonden aan de Bedrijfsregeling brandregres 2000. Dit brengt mee dat Chubb haar verhaalsrecht alleen kan uitoefenen indien de aansprakelijkheid van de VVE en Q-Park verband houdt met onzorgvuldig handelen of nalaten.

De vragen die dus beantwoord moeten worden is of de VVE en Q-Park, als eigenaren van het Winkelcentrum, aansprakelijk zijn voor de schade ontstaan door de verzakking en of deze aansprakelijkheid verband houdt met onzorgvuldig handelen of nalaten.

Ter betwisting van de aansprakelijkheid doen de VVE en Q-Park een beroep op het onderzoeksrapport van W&N uit 2002, waarin staat opgenomen dat schade door aanwezige mijnen de enige resterende oorzaak was voor de verschuiving en het ontstaan van scheuren als gevolg daarvan. Uit datzelfde rapport blijkt, in tegenstelling tot het advies van Geoconsult, dat het niet nodig was om daarover opnieuw met SoM contact op te nemen, omdat de in het onderzoeksrapport geadviseerde maatregelen daar al op waren afgestemd.

Het gerechtshof oordeelt dat de VVE en Q-Park onvoldoende hebben toegelicht waarom het advies van Geoconsult, inhoudende contact opnemen met SoM, niet is opgevolgd. De VVE en Q-Park hebben het plan van aanpak uit het advies van W&N uitgevoerd, zonder eerst het advies van Geoconsult op te volgen. Om die reden is het gerechtshof van oordeel dat de VVE en Q-Park onzorgvuldig hebben gehandeld, althans nalatig zijn geweest in de zin van de Bedrijfsregeling Brandregres 2000.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het gerechtshof zijn stellingen onvoldoende heeft gemotiveerd. Zo is niet in te zien hoe het gerechtshof tot het oordeel is gekomen dat de VVE en Q-Park onvoldoende hebben toegelicht waarom zij het advies van Geoconsult niet hebben opgevolgd alsmede dat de VVE en Q-Park het rapport van W&N redelijkerwijs niet zo mochten begrijpen dat met de uitvoering van het plan van aanpak adequate maatregelen werden genomen om mijnschade te voorkomen. Ook is onvoldoende gemotiveerd dat rekening kon worden gehouden met de mogelijkheid dat ter plaatste een *sinkhole* zou kunnen ontstaan indien de VVE en Q-Park naar aanleiding van het onderzoeksrapport contact hadden opgenomen met SoM. Op grond van de geslaagde cassatieklachten vernietigt de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam en verwijst de zaak naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

Het is een arrest waarin het gerechtshof zijn beslissing onvoldoende toereikend heeft gemotiveerd waardoor de Hoge Raad moet corrigeren. Laat het een *wake-up call* zijn voor het gerechtshof. Dat de rechter ingevolge artikel 152 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) vrij is in de waardering van het bewijsmateriaal, doet niet af aan zijn verplichting om het uiteindelijke, op die waardering gebaseerde oordeel dat het bewijs is geleverd, behoorlijk te motiveren.⁵

LITERATUUR

Rechter gaat betalingsregelingen opleggen: wetsvoorstel in aantocht

Mr. G.H. Lankhorst

Bron: *Bedrijfsjuridische Berichten (BB)* 2022, afl. 1, art. 2

Een betalingsregeling is in het huidige recht geen vanzelfsprekendheid. Het uitgangspunt van de betalingsregeling is dat de schuldeiser, behoudens een andersluidende contractsafpraak met de schuldenaar, aanspraak heeft op een betaling. Uitsluitend met instemming van de schuldeiser kan de schuldenaar de openstaande schuld in termijnen voldoen, aldus artikel 6:29 BW. Dat betekent dat het aan de schuldeisers is om te bepalen of, en zo ja, onder welke voorwaarden, zij een betalingsregeling aangaan. Maar de minister heeft recent aan de Tweede Kamer laten weten dat hier verandering in gaat komen. Hij wil daartoe een wetsvoorstel laten opstellen. In deze bijdrage wordt een verband gelegd tussen het komende voorstel en het meer radicale dwangakkoord van artikel 287a Faillissementswet (Fw).

Is een beding ter berekening van de boeterente oneerlijk? Een kritische beschouwing bij HvJ EU van 27 januari 2021

Mr. M.E.J. Bracco Gartner

Bron: *Bedrijfsjuridische Berichten (BB)* 2022, afl. 3, art. 10

Het Hof van Justitie EU wees op 27 januari 2021 een arrest waarin twee prejudiciële vragen van Nederlandse rechters werden beantwoord over de vraag of een beding, op basis waarvan de nog verschuldigde rente wordt berekend bij ontbinding van de overeenkomst, voldoet aan de Europese eisen voor bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument. De uitspraak is gedaan in het kader van effectenleaseovereenkomsten, maar is ook van belang voor de algemene en financiële rechtspraktijk.

Enige reflecties over misbruik van omstandigheden, nadeel en bewijsvermoeden

M.M. van Rossum

Bron: *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk (ORP)* 2022, afl. 1

In dit artikel wordt aandacht besteed aan vernietiging van de overeenkomst. Een overeenkomst kan vernietigd worden wanneer er sprake is van bijzondere omstandigheden. In dit artikel wordt met name ingegaan op het wilsgebrek misbruik van omstandigheden. Een beroep op misbruik van omstandigheden is vaak lastig aan te tonen. Dit leerstuk roept een aantal interessante vraag-

4. *Groene serie Verbintenissenrecht*, 'Omvang van de subrogatie', commentaar bij art. 6:150 BW 6 (Gevalen van subrogatie), par. 2.6.

5. HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR1998:ZC2743, r.o. 2.5.

punten op die in rechtspraak en literatuur ruime aandacht hebben gekregen en waarvan de nadere invulling zinvol en nuttig is voor de rechtspraak.

**Drafting tips & skills: de getrapte ingebrekestelling
Mr. J.J. Dammingh**

Bron: Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP) 2022, afl. 1

Is voor het verzuim van de schuldenaar een ingebrekestelling nodig, dan dient deze te voldoen aan de eisen die artikel 6:82 lid 1 BW daaraan stelt: het moet gaan om een schriftelijke aanmaning waarin aan de schuldenaar een redelijke termijn is gesteld om alsnog – behoorlijk – aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen. Maar wat wordt verstaan onder een ‘redelijke termijn’? Dit artikel bespreekt het arrest *Fraanje/Alukon* uit 2019 waarin voor de beantwoording van deze vraag concrete aanknopingspunten worden gegeven.

Het juridische kader voor online ondernemen in vogelvlucht

Mr. dr. M.Y. Schaub

Bron: Ondernemingsrecht 2022, afl. 2, art. 9

Er zijn vele vormen en typen onlineplatformen. De specifieke kenmerken van onlineplatformen maken dat online zakendoen verschilt van offline zakendoen. Voorbeelden van deze kenmerken zijn de mogelijkheid tot het verzamelen en gebruiken van big data en de inzet van algoritmen om de werking van de platformen te optimaliseren. Omdat er veel verschillende soorten platformen en onlinediensten zijn, is er niet een enkele juridische definitie of een enkele wet die van toepassing is op ondernemen via onlineplatformen. Afhankelijk van wat een onlineplatform precies doet en hoe dat wordt vormgegeven kunnen verschillende algemene en bijzondere regels relevant zijn. Dit artikel schetst een beeld van het online ondernemen.

Kiki Bink
CMS