Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

HR 10 april 2009, *LJN* BG9470
In deze echtscheidingsprocedure is tussen partijen in geschil of partijen tijdens de laatste sessie van de mediation die tussen hen heeft plaatsgevonden algehele (mondelinge) overeenstemming hebben bereikt als bedoeld in een door de man overgelegd, maar niet door de vrouw ondertekend, convenant van 10 oktober 2005. De rechtbank heeft de man opgedragen deze algehele overeenstemming te bewijzen. De man heeft als getuige de mediator voorgebracht. Deze mediator heeft ter zitting echter geweigerd een verklaring af te leggen. Daarbij beriep de mediator zich op haar geheimhoudingsplicht op grond van art. 1.5 van de betrokken mediationovereenkomst, omdat zij van de zijde van de vrouw had vernomen dat deze haar geen toestemming gaf een verklaring af te leggen. Art. 1.5 van de mediationovereenkomst bepaalt: '1.5 The divorce attorney has professional secrecy and without prior permission having been granted by both spouses, the divorce attorney shall not provide any information about the case unless the provision of such information shall be required for acquiring expert advice. In that case the divorce attorney requires the explicit prior permission of the spouses'.

De rechtbank heeft het beroep van de mediator op haar geheimhoudingsplicht gehonoreerd en haar niet als getuige gehoord. De rechtbank is van oordeel dat een dergelijke overeenkomst is te karakteriseren als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv. Hiertegen keert zich het middel. De Hoge Raad oordeelde dat het partijen op zichzelf vrijstaat getuigenverklaringen als bewijsmiddel tussen hen uit te sluiten. Daarom kunnen ze ook overeenkomen dat een verklaring van een derde die als mediator is opgetreden in een mediation tussen partijen, omtrent hetgeen deze in het kader van de mediation ter kennis is gebracht of anderszins gekomen, als bewijsmiddel in een (eventueel) geding tussen die partijen is uitgesloten. Ingevolge art. 153 Rv kunnen zij een dergelijke bewijsovereenkomst echter niet sluiten met betrekking tot het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Of sprake is van een bewijsovereenkomst staat ter beoordeling van de rechter die over de feiten oordeelt. Het algemeen maatschappelijke belang dat de waarheid aan het licht komt, welk belang mede ten grondslag ligt aan de in art. 165 lid 1 neergelegde getuigplicht, brengt met zich mee dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekte verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten.

De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank de mediationovereenkomst ten onrechte heeft opgevat als een bewijsovereenkomst. De geheimhoudingsverplichting die in art. 1.5 is opgenomen wettigt volgens de Hoge Raad niet in het algemeen de conclusie dat van een zodanige bewijsovereenkomst sprake is en de gedingstukken geven volgens de Hoge Raad onvoldoende grond om die bepaling in die zin te kunnen opvatten.

De Hoge Raad overweegt voorts dat voor de mediator vooralsnog een verschoningsrecht niet kan worden aangenomen. Dit wordt niet anders in het geval dat iemand als mediator optreedt die een beroep uitoefent uit hoofde waarvan hij op grond van art. 165 lid 2 aanhef en onder b Rv een verschoningsrecht heeft, zoals een advocaat, een notaris of een arts. In geval van mediation door een dergelijke beroepsbeoefenaar zal immers in beginsel hebben te gelden dat informatie die hem in het kader van de mediation is meegedeeld, of anderszins ter kennis is gekomen, niet heeft te gelden als aan hem in zijn hoedanigheid van beroepsbeoefenaar toevertrouwd. Dit kan alleen anders zijn indien duidelijk is dat de informatie aan de mediator uitsluitend in diens hoedanigheid van beroepsbeoefenaar (in de zin van art. 165 lid 2 sub b) ter kennis is gebracht of gekomen.

HR 10 april 2009, *LJN* BH2465
Hoewel de in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden, overweegt de Hoge Raad ten overvloede dat aanvulling van een uitspraak op de voet van art. 32 Rv ook kan plaatsvinden als een dictum van die uitspraak weliswaar een afwijzing van het 'meer of anders' gevorderde dan wel verzochte bevat, maar de rechter tot de conclusie komt dat hij daarbij een (deel van de) vordering of een (deel van het) verzoek over het hoofd heeft gezien en die afwijzing daarop dan ook geen betrekking heeft. Met dit arrest neemt de Hoge Raad afstand van het in de MvT bij art. 32 Rv ingenomen standpunt: 'wanneer het dictum van een uitspraak – zoals gebruikelijk – de zin "Wijst af het meer of anders gevorderde." bevat, is aanvulling niet mogelijk: de partij die zich daardoor te kort gedaan voelt, zal dan dus nog in appèl moeten gaan'.

De advocaat-generaal geeft in zijn conclusie aan dat het nemen van afstand van de stellingen in de memorie van toelichting niet onoverkomelijk is, nu de MvT een 'gezaghebbend' standpunt van één of meer ministers is, maar geen wet. De reden om van het in de MvT opgenomen standpunt af te wijken, is gelegen in het feit dat het grote efficiency en kostenvoordelen voor partijen en voor de rechterlijke macht biedt in die gevallen, waarin sprake is van een verzuim om over een onderdeel van het gevorderde te beslissen.

HR 14 april 2009, *LJN* BH3192
In deze zaak betoogde eiseres tot cassatie dat de niet-ontvankelijkverklaring door het gerechtshof wegens te late betekening van de appèldagvaarding een schending van art. 6

EVRM ('fair trial') oplevert. Eiseres haalt daartoe twee uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de mens aan, die gericht waren tegen de staat Griekenland en (onder meer) een fout van een deurwaarder betroffen.

De Hoge Raad overweegt dat het hof terecht de uitspraken van het EHRM tegen Griekenland niet op Nederland van toepassing heeft geacht, nu de deurwaarder zijn ambtshandelingen als zelfstandig en onafhankelijk bestuursorgaan verricht en daarbij niet optreedt als orgaan of vertegenwoordiger van de staat, zoals dat in Griekenland het geval is. Nu de fout niet aan de staat kan worden toegerekend, dienen de processuele gevolgen van de fout van de deurwaarder in beginsel voor rekening van de opdrachtgever te komen, onverminderd de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de schade die opdrachtgever daardoor heeft geleden en lijdt.

Daarbij kan niet gezegd worden dat de niet-ontvankelijkheidverklaring disproportioneel is, nu vooropgesteld dient te worden dat het in het belang van goede rechtspleging is indien duidelijkheid bestaat omtrent de aanvang en het einde van appèltermijnen. Slechts in zeer uitzonderlijke situaties mag hiervan worden afgeweken. In het arrest van de Hoge Raad 28 november 2003, *NJ* 2005, 465, heeft de Hoge Raad in een verzoekschriftprocedure een uitzondering gerechtvaardigd. Daarbij was van belang dat het in de verzoekschriftprocedure niet duidelijk was wanneer de rechter uitspraak zou doen. De Hoge Raad overwoog dat in dit geval eiseres bekend moet zijn geweest met de aanvang (en dus ook het einde van de) appèltermijn, zodat deze zaak niet vergeleken kan worden met laatstgenoemd arrest.

Literatuur

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing', *TCR* 2009-1, p. 1-7
De auteur behandelt het probleem van een uitspraak die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en waartegen een rechtsmiddel is ingesteld, zodat deze nog steeds ten uitvoer kan worden gelegd. Om de executie alsnog te schorsen, kan men een executiegeschil bij de voorzieningenrechter en een incidenteel verzoek tot schorsing hangende appèl instellen.

De auteur behandelt de historie van de schorsing van de uitvoerbaarheid, waarbij hij onder meer concludeert dat de te hanteren norm voor schorsing een belangenafweging is waarbinnen de voorwaarden van het arrest *Ritzen-Hoekstra* (HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145) mede een rol spelen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat 'de rechter slechts een staking van de tenuitvoerlegging van het vonnis kan bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op juridische of feitelijke misslag berust of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard'.

Bij de beoordeling van het verzoek tot schorsing moet volgens de auteur, anders dan wordt aangenomen, de kans van slagen van het rechtsmiddel een rol kunnen spelen.

P. Kruit & M. Trouwborst, 'De ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen in 2008: een stap op weg naar een nieuw aansprakelijkheidsregime?', *TAP* 2009-2, p. 56-60
In het jaar 2008 heeft de Hoge Raad maar liefst vijf arresten gewezen, waarin ingegaan wordt op de aansprakelijkheid voor de werkgever die de werknemer bij een verkeersongeval leidt. In deze bijdrage geven de auteurs een chronologisch overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen. De auteurs doen de voorspelling dat door de verruiming van de werkgeversaansprakelijkheid over tien jaar alle werkgeversaansprakelijkheid valt onder een verplicht af te sluiten verzekering ex art. 7:611 BW en art. 7:658 BW niet meer bestaat.

K. Vandekerckhove, *NTER* 2009-3, p. 90-97
In dit artikel gaat de auteur in op het geografisch toepassingsgebied van de Europese wetgeving inzake internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht. Dit onderwerp doet vaak vragen rijzen, zeker nu bepaalde lidstaten een bijzonder statuut hebben onder titel IV van het EG-Verdrag (Denemarken, Verenigd Koninkrijk en Ierland en de Franse en Nederlandse overzeese gebieden). De schrijver bekritiseert het Optin-systeem, omdat het zijns inziens leidt tot à-la-cartebeslissingen om aan deze of gene wijziging van bestaande wetgeving deel te nemen.

M.J. de Best

Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Hof Arnhem 31 maart 2009, *LJN* BI2041
In dit arrest behandelt het hof de maatstaven voor matiging van een contractuele boete (vergelijk arrest HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262). Deze maatstaven zijn:
a. verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete;
b. aard van de overeenkomst;
c. inhoud en strekking van het beding;
d. de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

In dit geval hebben appellanten gegriefd tegen de door de rechtbank tot € 1000 gematigde boete. In casu betreft het het verzuim van geïntimeerde om de aanwezigheid van asbest in het dakbeschot van het verkochte pand te vermelden, hoewel ze daarvan op de hoogte waren, zodat zij wanprestatie jegens appellanten hebben gepleegd. Appellanten waren gerechtigd tot de overeengekomen boete op grond van art. 10.3 van de koopovereenkomst, waarin bepaald stond dat zij tot deze contractuele boete gerechtigd waren na behoorlijke sommatie en

na afloop van een termijn van acht dagen.

Geïntimeerden verweren zich onder meer op de stelling dat de sommatie die de raadsman van appellanten op 7 december 2005 heeft laten uitgaan naar hun makelaar hen niet heeft bereikt, alsmede dat bij gebreke van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de makelaar ook niet mag worden aangenomen dat er door deze brief een geldige sommatie aan hem is uitgebracht. Dit verweer slaagt. Evenwel dient de tweede sommatie, die op 11 januari 2006 door de advocaat van appellante rechtstreeks aan geïntimeerde verzonden is te worden beschouwd als een correcte sommatie, waardoor de verschuldigde boete € 3528 bedraagt. Het hof oordeelt dat zij geen redenen ziet om dit bedrag te matigen.

Rb. Arnhem 15 april 2009, *LJN* BI2224
De eiser in deze zaak (man) vordert een verklaring voor recht dat gedaagde (vrouw) onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door te verzwijgen dat zij tijdens hun huwelijk overspel heeft gepleegd waaruit een zoon is verwekt. De man stelt dat het onrechtmatige karakter van het handelen van de vrouw is gelegen in het overspel en het daarna (langdurig) verzwijgen van de mogelijkheid dat het kind niet zijn biologische kind zou zijn. Dit handelen zou volgens de man in strijd zijn met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals ingevuld door art. 1:81 BW. Bovendien zou de vrouw in strijd hebben gehandeld met haar wettelijke plicht, voortvloeiend uit art. 1:81 BW. Tenslotte zou de vrouw inbreuk hebben gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de man, omdat hij daardoor zijn gezinsleven niet naar eigen inzicht heeft kunnen inrichten.

Volgens de rechtbank is de verplichting opgenomen in art. 1:81 BW ('echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen') een ideële verplichting die niet in rechte afdwingbaar is. Derhalve kan niet worden aangenomen dat het plegen van overspel handelen in strijd met de wettelijke verplichting oplevert. Voorts geldt dat de afweging die de vrouw heeft gemaakt om de man in het ongewisse te laten een afweging van morele aard is en niet een rechtens genormeerde beslissing.

Waar de man spreekt over 'zelfbeschikkingsrecht', doelt de man naar de rechtbank meent op het recht het leven naar eigen inzicht in te richten. De rechtbank oordeelt dat een dergelijk recht aan tal van beperkingen onderhevig is, en dat een feitelijke beperking op de mogelijkheid het leven naar eigen inzicht in te richten niet per se voldoende is voor het oordeel dat sprake is van onrechtmatigheid.

HR 10 april 2009, *LJN* BH1197
In de onderhavige zaak heeft de vader van eiseres tot cassatie met verweerder de afspraak gemaakt dat verweerder de mest van haar eigen paarden bij de manege bij de vader van eiseres mocht storten op het mestdepot van de manege. Vanaf 1 oktober 1996 heeft de dochter de dagelijkse leiding over de manege. Vanaf medio 1999 heeft de dochter bezwaar gemaakt tegen het deponeren van de mest op het mestdepot van de manege. Het gerechtshof oordeelde dat hoewel tussen verweerder en eiseres geen contractuele relatie bestaat, vader niet gehouden was de contractuele verplichting jegens verweerder aan de dochter over te dragen, zodat zij in zoverre niet kunnen zijn tekortgeschoten en eiseres in zoverre niet onrechtmatig heeft kunnen handelen door gebruik te maken van dergelijk tekortschieten en dat geen sprake is van verplichtingen van eiseres tegenover verweerder op grond van kwalitatieve verbintenis als bedoeld in art. 6:252 BW. Niettemin oordeelde het hof dat in casu eiseres in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft gehandeld, door verweerder de toegang te ontzeggen, nu sprake zou zijn van bijzondere omstandigheden. Deze bijzondere omstandigheden zijn volgens het hof:
1. eiseres was al jaren op de hoogte van het feit dat verweerder wekelijks gebruikt maakte van het mestdepot;
2. eiseres was als dochter van de directeur op de hoogte van het slepende conflict en de oorzaak daarvan;
3. eiseres wist dat de rechter meer dan eens had geoordeeld dat haar vader het mestdepot door verweerder moest dulden.

De Hoge Raad oordeelde echter dat de door het hof bedoelde bijzondere omstandigheden onvoldoende zijn voor de gevolgtrekking dat eiseres in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft gehandeld.

Rb. Alkmaar 22 april 2009, *LJN* BI1927
In deze zaak vordert eiser op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding van gedaagde, nu eiser gedaagde verantwoordelijk houdt voor de door hem opgelopen legionellabesmetting op de Westfriese Flora.

Gedaagde verweert zich evenwel onder meer met de stelling dat de vordering van eiser is verjaard. Gedaagde stelt dat de verjaring in april/mei 1999 is aangevangen en dat de Consumentenbond, die destijds een collectieve actie heeft gestart, de verjaring niet heeft gestuit.

Voor de beoordeling of de in februari 2000 door de Consumentenbond als collectieve actie op grond van art. 305a BW ingestelde vordering de verjaring heeft gestuit haalt de rechtbank de wetsgeschiedenis van het collectieve actierecht (art. 3:305a en 3:305b BW) aan (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 486, nr. 5, p. 3; MvA II):

'...art. 3:316 lid 1 BW bepaalt dat de verjaring van de rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van de rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde. De woorden "van de zijde van de gerechtigde" brengen hierbij tot uitdrukking dat de verjaring niet alleen gestuit wordt door een handeling van de gerechtigde zelf, maar ook door een handeling van een ander aan diens zijde. Zie *Parl. Gesch. boek 3*, p. 934. Die ander kan ook een belangenorganisatie zijn die mede ten behoeve van de gerechtigde een collectieve actie instelt (...) een vordering tot een verklaring voor recht in collectieve acties stuit derhalve de verjaringstermijn met een eventueel daarop aansluitende individuele rechtsvordering tot bijvoorbeeld schadevergoeding'.

Naar het oordeel van de rechtbank brengt de strekking van de collectieve actie mee dat de individuele gerechtigde die een schadevergoedingsvordering wenst in te stellen hiermee mag wachten totdat in het kader van een collectieve actie onherroepelijk is vastgesteld wie daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden.

Literatuur

C.J. Blom-de Ruiter, I.L. Dijkstra & P.S. Procee, 'NPP/De Letselschade Raad, Vanuit het verleden naar de toekomst', *TVVP* 2009-1, p. 2-7
Deze bijdrage beschrijft de ontwikkeling van de Stichting Nationaal Platform Personenschade tot De Letselschade Raad, die zijn werkzaamheden per 1 januari 2009 is gestart. Dit orgaan is in het leven geroepen omdat de schadeafwikkeling in veel gevallen te lang duurde, de communicatie tussen de betrokken partijen erg stroef verliep en er weinig oog leek te zijn voor de afhankelijke positie die het slachtoffer in het hele proces in nam. De raad houdt zich bezig met het verbeteren van de afwikkeling van personenschade.

N. Lavrijssen, 'Schadevergoeding wegen gederfd genot', *BB* 2009-7, p. 63-67
In dit artikel bespreekt de auteur het arrest van de Hoge Raad van 5december 2008 waarin de vordering tot schadevergoeding wegens gederfd genot centraal staat.

Dit arrest handelt over de vraag of eiser in cassatie schadevergoeding wegens gederfd genot toekwam nu het door hem nieuw aangekochte motorjacht mankementen vertoonde. Als gevolg van deze mankementen heeft eiser in cassatie het motorjacht enkele dagen niet kunnen gebruiken wegens het laten uitvoeren van reparatiewerkzaamheden. Daarnaast kon het motorjacht met minder hoge snelheid varen zodat minder grote tochten zijn gemaakt.

De Hoge Raad oordeelde dat een beperkt functieverlies van het jacht en het gedurende een korte periode niet kunnen gebruiken van het jacht slechts een gering gemis opleveren, hetgeen niet voor schadevergoeding in aanmerking komt. De auteur merkt op dat met dit arrest nog steeds geen duidelijk antwoord is gegeven op de vraag wanneer sprake is van een gering gemis.

M.J. de Best