Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

HR 30 oktober 2009, *LJN* BK1548
Het gaat in deze zaak om de vernietiging van een bindend advies. In casu bleek de bindend adviseur (de notaris) de vaste partij(adviseur) van één van de partijen in het geschil te zijn. Hij nam daarbij geen onafhankelijke en onpartijdige positie in. Het hof oordeelde zodoende dat aan het bindend advies een zodanig gebrek kleeft dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 7:904 BW) is dat eiser in cassatie en verweerder in cassatie zich daaraan houden. Het hof stelt hierbij voorop dat er voor verweerders bijzonder gewicht toekwam aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bindend adviseur. Verweerders waren er niet van op de hoogte of behoefden er niet van op de hoogte te zijn dat de bindend adviseur niet onafhankelijk en onpartijdig in het geschil stond. Daarnaast hebben zij er niet mee ingestemd dat deze bindend adviseur als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur zou optreden ten aanzien van de in geschil zijnde uitleg en toepassing van het door hemzelf opgestelde relatiebeding. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.

HR 6 november 2009, *LJN* BJ3043
Verweerder is in de loop van de procedure in hoger beroep overleden en het geding is bij gebreke van inroeping van schorsing door diens erfgenaam of erfgenamen op diens naam voortgezet. Bij deze stand van zaken moest het cassatieberoep worden ingesteld tegen de gezamenlijke erfgenamen van verweerder en mocht dat gebeuren zonder vermelding van hun individuele namen. Aangezien eiseres tot cassatie ervan op de hoogte was dat verweerder was overleden, moet worden aangenomen dat per vergissing de cassatiedagvaarding is uitgebracht aan de overledene in plaats van aan de gezamenlijke erfgenamen. Nu de dagvaarding in overeenstemming met het bepaalde in art. 53 aanhef en onder b Rv is uitgebracht aan het kantoor van de procureur bij wie de overledene laatstelijk woonplaats had gekozen, is aan de wettelijke vereisten voldaan. Voor zowel deze procureur als voor de gezamenlijke erfgenamen moet het immers evident zijn geweest dat sprake was van een vergissing. Deze vergissing leidt dus niet tot niet-ontvankelijkheid van eiseres. De Hoge Raad vindt aanleiding in zoverre terug te komen van hetgeen hij heeft geoordeeld in zijn arrest van 19 maart 2004, *LJN* AO1213, *NJ* 2004, 619.

HR 27 november 2009, *LJN* BJ8725
In deze zaak gaat het om de vraag of eiser, die een woning van verweerder huurde, heeft nagelaten de huurprijs over een aantal maanden te betalen, zoals verweerder stelt, maar eiser bestrijdt. In cassatie is uitsluitend de bewijslastverdeling met betrekking tot dat geschilpunt aan de orde. Het cassatiemiddel is in essentie gericht tegen het oordeel van het hof dat erop neerkomt dat op eiser (huurder) de bewijslast rust van het betaald zijn van de door verweerder als achterstallig gevorderde huur. De Hoge Raad overweegt echter dat dit verweer een bevrijdend verweer is waarvoor eiser ingevolge art. 150 Rv de bewijslast draagt.
Met betrekking tot de door verweerder gevorderde ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanprestatie van eiser, geldt in dit geval dezelfde verdeling van de bewijslast. De door het onderdeel ingeroepen regel van bewijslastverdeling sluit niet uit dat de wederpartij tegen de vordering tot ontbinding een bevrijdend verweer voert, waarvan deze dan volgens art. 150 Rv de bewijslast draagt. Daarvan is hier sprake omdat de aan de vordering tot ontbinding ten grondslag liggende wanprestatie van eiser (huurder) uitsluitend erin bestond dat eiser de huur niet (volledig) had betaald, zodat het verweer van eiser dat hij de huur wel heeft betaald – waardoor de betalingsverplichting van eiser zou zijn tenietgegaan – ook met betrekking tot deze vordering niet anders dan als een bevrijdend verweer kan worden beschouwd.

HR 27 november 2009, *LJN* BJ8836
Ter discussie staat de rechtsgeldigheid van een door de ontvanger gelegd conservatoir eigenbeslag op het bedrag dat de ontvanger aan verweerder moet terugbetalen ingevolge een vonnis van de voorzieningenrechter wegens de door deze aangenomen nietigheid van het dwangbevel waarmee dit bedrag is geïncasseerd.
Het hof heeft de door de ontvanger gevorderde verklaring voor recht dat hem vrijstond het voormelde eigenbeslag te leggen afgewezen op de grond dat het 'ongerijmd en onaanvaardbaar' is als de ontvanger, die het betreffende bedrag in zijn macht heeft gekregen enkel op grond van het door de voorzieningenrechter nietig geoordeelde dwangbevel en de daarop gebaseerde executiemaatregelen, de facto toch dit bedrag onder zich zou kunnen houden op grond van eigenbeslag ter zake van dezelfde vordering waarvan is beslist dat deze zich niet voor verrekening leent.
De Hoge Raad overweegt dat, voor zover het oordeel van het hof berust op de opvatting dat de ontvanger niet bevoegd was tot de beslaglegging omdat hij zijn vordering op verweerder niet kan verrekenen met de (door de ontvanger, naar inmiddels is gebleken, met succes betwiste) verplichting om terugbetaling van de executieopbrengst van het dwangbevel, dit getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. De mogelijkheid van eigenbeslag is immers juist in de wet voorzien voor gevallen waarin de beslaglegger geen mogelijkheid heeft tot verrekening van het door hem verschuldigde met zijn vordering op een schuldeiser. In het onderhavige geval staat art. 24 Iw 1990 in de weg aan verrekening van de vordering van de ontvanger op verweerder met diens vordering tot teruggave van het gevorderde bedrag, doch deze bepaling sluit naar haar aard en strekking beslaglegging daarop niet uit.
In casu was er geen sprake van misbruik van recht. Uitgangspunt

dient te zijn dat in beginsel beslag ter verzekering van het verhaal van een vordering mogelijk is op alle goederen van de schuldenaar. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan het leggen van beslag misbruik opleveren.

Literatuur

V. Lindijer, 'Het voorontwerp Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *VR* 2009-10, p. 297-302
Op 23 juni van dit jaar heeft de Minister van Justitie op de website <www.internetconsultatie.nl> het voorontwerp met memorie van toelichting gepresenteerd voor een Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Dit conceptwetsvoorstel voorziet in een mogelijkheid voor rechtbanken en gerechtshoven om in zaken betreffende massavorderingen een belangrijke rechtsvraag ter beantwoording aan de Hoge Raad voor te leggen, alvorens uitspraak te doen. Daartoe wordt voorgesteld drie nieuwe artikelen aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toe te voegen, onder te brengen in een nieuwe Tiende titel A in het Eerste Boek, en één artikel aan de Wet op de Rechterlijke Organisatie.

P.J. van der Korst, 'Discovery in het Nederlands Burgerlijk procesrecht. "Advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken" van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht becommentarieerd.', *TCR* 2009-4, p. 140-143
De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht bracht op 14 juli 2008 aan de Minister van Justitie advies uit over 'discovery', dat wil zeggen gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken. De adviescommissie heeft zich gebogen over de uitgangspunten die bij de gedachtevorming over 'discovery' in acht moeten worden genomen. Daarbij heeft zij tevens bezien of de huidige afbakening tussen bewijslevering voorafgaand aan een procedure en hangende een procedure gehandhaafd moet blijven. Het advies is afgesloten met een schets van een wettelijke regeling van de besproken materie. Deze bijdrage bevat een samenvatting van en commentaar op dit advies.

D.J. van der Kwaak, 'Beschikkingsbevoegdheid, zaaksgevolg en relatieve nietigheid als mogelijke rechtsgevolgen van beslag. Blijven wij na HR 5 september 2008, NJ 2009, 154 (Forward/Huber) en HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (Ontvanger/mr. De Jong q.q.) gevangen in het denkkader van het burgerlijk recht?', *TCR* 2009-4, p. 132-139
Over de vraag wat het rechtsgevolg van beslag inhoudt, zijn de afgelopen decennia veel opvattingen naar voren gebracht: door het leggen van een beslag ontstaat een tot zekerheid strekkend zakelijk recht, beslag leidt tot (absolute of relatieve) beschikkingsonbevoegdheid en/of voorwaardelijke beschikkingsbevoegdheid, beslag heeft zaaksgevolg, beslag heeft prioriteit en beslag leidt tot relatieve vernietigbaarheid dan wel relatieve nietigheid van (rechts)handelingen. Met de overweging 'Een beslag als het onderhavige leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid (...)', waarmee HR 5 september 2008 en HR 20 februari 2009 openen, lijkt de Hoge Raad uitdrukkelijk afstand te nemen van een van die opvattingen. Is dit het geval en hoe is het rechtsgevolg van een beslag dan wel te begrijpen?

S. Baks
CMS Derks Star Busmann

Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

HR 30 oktober 2009, *LJN* BJ6020
Deze procedure heeft betrekking op de vraag of de gemeente als werkgever op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk kan worden gesteld voor een onrechtmatige gedraging van een werknemer ten opzichte van een collega-werknemer. Het hof gaat bij de beantwoording van deze vraag van een onjuiste rechtsopvatting uit, nu zij slechts toetst of de kans op de fout van de werknemer, als ondergeschikte van de gemeente, door de opdracht tot het verrichten van een 'bepaalde taak' is vergroot. De Hoge Raad corrigeert het hof en stelt als maatstaf dat de rechter bij de beantwoording van die vraag aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden moet onderzoeken of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is. Voorts is in het incidentele beroep de vraag in het geding of voor de ex-werknemer de civiele weg, na het door deze ex-werknemer ingetrokken beroepsschrift bij de bestuursrechter, nog openstaat. De Hoge Raad oordeelt hierover dat de ex-werknemer als benadeelde het recht had zijn vordering tegen de gemeente wegens onrechtmatig handelen van haar ondergeschikte aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Dat de ex-werknemer mogelijkerwijs als ambtenaar van de gemeente ook de bestuursrechtelijke weg had kunnen (ver)volgen, staat daaraan niet in de weg, nu de bestuursrechter (nog) geen oordeel over de gevorderde schadevergoeding had gegeven.

Hof 's-Gravenhage 10 november 2009, *LJN* BK2856
Bij een koopovereenkomst betreffende het recht van erfpacht van een perceel grond met opstallen (discotheek) is tussen partijen overeengekomen dat € 70 000 van de koopprijs door de notaris in depot zou worden gehouden tot het moment van de ontvangst van een door de huurder van de discotheek te verstrekken bankgarantie voor de betaling van de huur van € 180 000 per jaar (depotafspraak). De huurder heeft de garantie echter nooit verstrekt en is later failliet verklaard. Het geschil betreft de vraag aan wie het in depot gehouden bedrag toekomt. De rechtbank heeft de vordering van verkoper in conventie tot betaling van de resterende koopprijs van € 70 000 toegewezen en de tegenvordering tot betaling van het in depot gehouden bedrag van € 70 000 in reconventie afgewezen. Het hof oordeelt dat bij de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen het aankomt op de zin die partijen onder de gegeven omstandigheden over en weer aan de inhoud van het koopcontract en de depotafspraak mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat beide partijen als professionele marktpartij moeten worden aangemerkt.
Bij het sluiten van de koopovereenkomst heeft verkoper meegedeeld dat de bankgarantie nog niet door de huurder was verstrekt, maar dat

die 'er wel zou komen'. Nadat was gebleken dat de bankgarantie ook bij het transport nog niet door de huurder was verstrekt, hebben partijen met het oog hierop een nadere afspraak (de depotafspraak) gemaakt. Het hof oordeelt dat de verkoper in het licht van de omstandigheden had moeten beseffen dat haar bij gelegenheid van het transport en in verband met de depotafspraak uitgesproken overtuiging dat de bankgarantie er alsnog zou komen, door koper mocht worden opgevat als een resultaatsverplichting en niet als een inspanningsverplichting van de verkoper. De verkoper is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen en deze tekortkoming is aan haar toe te rekenen. De vordering van de verkoper die in eerste aanleg werd toegewezen, wordt alsnog afgewezen.

HR 27 november 2009, *LJN* BH2162
Ter discussie staat de vraag of World Online en de banken die bij beursintroductie van World Online optraden als joint global coördinator, joint lead manager en joint bookrunner onder meer door onjuiste en/of onvolledige informatie te geven of anderszins misleidend te handelen onrechtmatig handelden jegens beleggers in aandelen van World Online die op de beursintroductie hebben ingeschreven dan wel kort daarna, doch uiterlijk op 3 april 2000 aandelen World Online hebben gekocht.
Het Gerechtshof Amsterdam heeft de vraag over onrechtmatig handelen bevestigend beantwoord. Volgens het hof hadden gedaagden een te optimistisch beeld gegeven van de waarde en de toekomstverwachting van World Online. De toenmalige bestuursvoorzitter heeft volgens het hof onduidelijkheid in het leven geroepen over haar aandelenbezit ten tijde van de beursgang. Bovendien bevat het prospectus onvolledige informatie over haar loopbaan en is in het prospectus het Zweedse bedrijf Telitel AB ten onrechte in het World Online-concern opgenomen. World Online heeft volgens het hof in enkele persberichten aankondigingen gedaan over allianties met belangrijke bedrijven, terwijl er van deze allianties vrijwel geen was die enige werkelijke substantie had.
De Hoge Raad bevestigt het arrest van het hof en oordeelt dat er sprake is van een misleidende voorstelling van zaken als bedoeld in art. 32 lid 2 NR 1999 en koersmanipulatie. Op grond van art. 8 lid 2 FR 2000 diende een prospectus een getrouw beeld te geven omtrent de toestand van de uitgevende instelling op de balansdatum van het laatste boekjaar waarover een jaarrekening is gepubliceerd. Aansprakelijkheid voor misleidende mededelingen in het prospectus wordt beoordeeld aan de hand van art. 6:194 BW, waarbij niet van belang is of degene tot wie die zich richt al dan niet beroepsmatig handelt. Uitgegaan moet worden van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger, de maatmanbelegger, tot wie de mededeling zich richt (vgl. HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820). Vereist is dat er voldoende materieel belang was om de maatman-belegger te kunnen misleiden; kennisneming of daadwerkelijke beïnvloeding is niet vereist. Het uitgangspunt is dat er een conditio sine qua non-verband bestaat tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing. De prospectus is vanwege mededelingen buiten de prospectus om mogelijk misleidend. De prijs waarvoor de bestuursvoorzitster zeer kort voor de beursintroductie het aandelenpakket heeft verkocht, is een gegeven van materieel belang voor de beleggingsbeslissing van de maatman-belegger. De prospectus is onjuist waar het de beweerde verwerving van aandelen Telitel betreft. Aansprakelijkheid voor misleidende of anderszins onrechtmatige mededelingen buiten de prospectus om, stuit niet af op de juistheid en volledigheid van de prospectus. Aansprakelijkheid van de bank die de emissie begeleidt voor uitlatingen door of namens de uitgevende instelling gedaan kan slechts worden gegrond op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Het gaat hier om de bijzondere zorgplicht van de bank tegenover derden met wie zij rekening moet houden (vgl. HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289). Uit de hoedanigheid van sponsor vloeit geen verdergaande aansprakelijkheid jegens potentiële beleggers voort dan uit haar hoedanigheid van syndicaatsleider. Van een syndicaatsleider mag onder omstandigheden worden verwacht dat zij (leidinggevenden) van de uitgevende instelling ter voorkoming van verwarring voorbereidt en instrueert. Op de syndicaatsleider rust gehoudenheid om, voor zover dat binnen haar invloedssfeer ligt, een onjuist beeld van de uitgevende instelling bij potentiële beleggers te voorkomen. De banken treft hetzelfde verwijt als de uitgevende instelling ten aanzien van persberichten die geen werkelijke substantie hadden. Koersstabilisatie dient te berusten op een vooraf genomen besluit van syndicaatsleden waarvoor zij gezamenlijk de verantwoordelijkheid dragen en dat voor hun gezamenlijke rekening komt. Als er nog geen officiële notering bestaat, is slechts een relatief geringe afwijking van de uitgifteprijs toelaatbaar.

HR 27 november 2009, *LJN* BJ7833
Eiser tot cassatie heeft in 1999 onder andere 400 000 onbewortelde pelargoniumstekken gekocht van verweerder in cassatie. Deze stekken zijn begin 1999 geleverd. Na klachten van eiser over het hoge uitvalpercentage van de stekken, heeft verweerder opnieuw stekken aan eiser geleverd. Bij brief van 11 maart 2000 meldt eiser evenwel aan verweerder dat zich ook bij de nageleverde stekken dezelfde problemen voordoen als bij de eerdere levering. In het jaar 2000 heeft verweerder opnieuw stekken aan eiser geleverd. De met deze levering verband houdende vorderingen op eiser heeft verweerder overgedragen aan X, waarvan mededeling is gedaan aan eiser. X is vervolgens een procedure tegen eiser gestart, waarin zij een veroordeling van laatstgenoemde vordert tot voldoening van de facturen voor de leveranties van verweerder in 2000. Eiser heeft in die procedure in reconventie restitutie gevorderd van hetgeen zij voor de leveranties in 1999 heeft betaald. Deze vordering is door de rechtbank afgewezen, aangezien X geen contractspartij van eiser was.
Op 10 maart 2005 begint eiser bij de Rechtbank Den Haag een procedure tegen verweerder waarin zij onder meer vordert: ontbinding van de overeenkomst, terugbetaling van de reeds betaalde facturen en schadevergoeding op te maken bij staat. Eiser legt daaraan ten grondslag dat de geleverde stekken ondeugdelijk waren. Een van de verweren van de wederpartij is dat de rechtsvorderingen van eiser uit hoofde van art. 7:23 lid 2 BW zijn verjaard. De in dat artikel genoemde tweejarige

verjaringstermijn is gaan lopen op 11 maart 1999, zodat op 10 maart 2005 geen vordering meer geldend kon worden gemaakt. Dit wordt door eiser bestreden door onder andere te stellen dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarnaast wordt ook opgeworpen dat eiser op het verkeerde been is gezet door de cessie uit hoofde van de leveranties uit 2000. Daarnaast wordt aangevoerd dat de verjaring gestuit is doordat zij in de procedure tegen X heeft aangegeven dat de leveranties gebrekkig waren en dat verweerder hiermee bekend was.
Zowel de rechtbank, het hof en de Hoge Raad zijn van oordeel dat er sprake is van verjaring. Met betrekking tot het verweer dat eiser in cassatie op het verkeerde been is gezet door de cessie overweegt de rechtbank als volgt. Zeker nu eiser door een rechtsgeleerd raadsman werd bijgestaan, had zij moeten begrijpen dat zij haar vordering tegen verweerder moest instellen. Daarnaast is de rechtsbijstand aan eiser verleend vóór het verstrijken van de verjaringstermijn en daarom is er voor het verwijt dat verweerder eiser op het verkeerde been heeft gezet geen plaats.
Het hof neemt in aanmerking dat eiser de vordering tegen een andere partij (X) heeft ingesteld en dat zij niet alsnog een vordering heeft ingesteld tegen verweerder in cassatie, onmiddellijk nadat X het verweer had gevoerd dat zij niet de aansprakelijke partij was. Er was dus geen sprake van een ondubbelzinnig voorbehoud tot nakoming tegenover verweerder in cassatie. Voor het aanvaarden van een stuiting der verjaring is nodig dat er een duidelijk schriftelijk signaal van voorbehoud van recht naar de betrokken debiteur is uitgegaan. Een dergelijk signaal is niet naar verweerder uitgegaan.

Literatuur

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht', *RMThemis* 2009-5, p. 191-200
In deze bijdrage gaan de auteurs in op het ambtshalve toepassen van Europees consumentenrecht. Kan de plicht tot ambtshalve toetsing van omzettingswetgeving betreffende de Richtlijn oneerlijke bedingen worden doorgetrokken naar andere consumentenbeschermende bepalingen?

E.A. Aantjes & T.A. van Dijk, 'Uitleg van mondelinge overeenkomsten; Haviltex', *JutD* 2009-21, p. 22-25
De Haviltex-norm staat de afgelopen jaren weer volop ter discussie. In een aantal uitspraken heeft de Hoge Raad het belang dat het *Haviltex*-arrest hecht aan de specifieke omstandigheden verminderd. Deze verschuiving komt vooral duidelijk naar voren in de zogenaamde *Meyer/Pontmeyer*- en *Derksen/Homburg*-arresten uit de eerste helft van 2007, waarin de Hoge Raad (sterk samenvattend) heeft geoordeeld dat indien de overeenkomst is aangegaan door juridische adviseurs, dat in dat geval de tekstuele uitleg van een bepaling in beginsel de doorslag zal geven. De beoordeling of deze nieuwe arresten zorgen voor een wijziging of een verdere nuancering van de Haviltex-leer voert voor deze bijdrage te ver. Dat deze arresten een nieuwe dimensie toevoegen aan de al bestaande leer over de uitleg van schriftelijke overeenkomsten lijkt duidelijk.

M. Davidović & P.R. Rodrigues, 'Oordelen Commissie Gelijke Behandeling', *TvC* 2009-5, p. 185-190
Art. 7 van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) verbiedt het maken van onderscheid bij het aanbieden van diensten en goederen. In deze kroniek worden oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) die zijn afgedaan op dit artikel besproken, alsook nieuwe ontwikkelingen voor zover betrekking hebbend op het consumentenrecht.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verjaring, stuiting en het bekendheidsvereiste (HR 18 september 2009, *LJN* BI8502, *NJ* 2009, 439 (*Tijbosch/Fortis*); HR 9 oktober 2009, *LJN* BJ4850 (*Gemeente Stadskanaal/Deloitte&Touche*)', *Bb* 2009-22, p. 258-260
Verjaring is een typisch instituut: het dient de rechtszekerheid, maar lijkt voor leken vaak onrechtvaardig. Als iemand immers iets verschuldigd is, waarom zou het enkele tijdsverloop hem dan van zijn verplichtingen ontheffen? Met name de korte verjaringstermijn van vijf jaar in art. 3:310 BW – en de nog kortere driejaarstermijn van art. 10 lid 1 WAM – leidt snel tot 'bedrijfsongevallen' doordat men vergeet tijdig te stuiten.

S. Baks
CMS Derks Star Busmann