

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

HR 4 december 2009, L/JN BJ7834

In deze zaak gaat het om de vraag naar welke maatschappij moet worden beoordeeld of arbiters ten opzichte van een derde, die ten onrechte in een arbitraal geding werd betrokken en veroordeeld, aansprakelijk zijn wegens schending van door hen ten opzichte van die derde in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen. Ten aanzien van zowel overheidsrechtspraak als (de in Boek 4 Rv geregelde) arbitrage, moet worden aanvaard dat slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel heeft gehandeld met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Daarvan was in casu geen sprake. Arbiters kunnen krachtens art. 1052 Rv over hun eigen competentie beslissen. De wet schrijft het de betrokkenen dus voor om in voorkomend geval eerst het oordeel van arbiters over hun bevoegdheid uit te lokken en met toetsing van het oordeel van arbiters door de rechter te wachten tot er een arbitraal eindvonnis is.

HR 11 december 2009, L/JN BK0857

Anders dan bijvoorbeeld in art. 29 Fw, dat bepaalt dat de schorsing van rechtswege ingaat vanaf het tijdstip van de faillietverklaring, is in art. 27 Fw de ingangsdatum van de schorsing niet met zoveel woorden opgenomen. Schorsing op grond van dit artikel is in casu noodzakelijk gezien het feit dat de eiser (AB&P) gedurende de procedure in staat van faillissement is verklaard. Schorsing biedt de gedaagde (AXA) de gelegenheid binnen een door de rechter te bepalen termijn de curator tot overneming van het geding op te roepen. De rechtbank heeft in deze zaak overwogen dat een procedure op de voet van art. 27 Fw is geschorst vanaf de

datum van het vonnis waarbij het verzoek tot schorsing wordt toegewezen. Het hof is daarentegen van oordeel dat de procedure is geschorst door het enkele beroep op art. 27 Fw en derhalve ook vanaf dat tijdstip. De Hoge Raad casseert en bevestigt de lezing van de rechtbank. De na de onterecht uitgesproken schorsing verrichte proceshandelingen zijn ingevolge art. 225 lid 3 Rv nietig. Nu uit de gedingstukken niet blijkt dat beide partijen in hoger beroep te kennen hebben gegeven dat zij, ingeval de grieven zouden slagen, afdoening door het hof verlangen, had het hof de zaak naar de rechtbank moeten verwijzen voor hervatting van het geding op de voet van het bepaalde in art. 227 Rv. Daarnaast formuleert de Hoge Raad een uitzondering op de hoofdregel welke behelst, dat wanneer hoger beroep is ingesteld tegen een eindvonnis, in beginsel de gehele zaak zoals zij voor de eerste rechter diende wordt overgebracht naar de hogere rechter, indien in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie is verleend en de rechter dus op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen. Onverkorte toepassing van deze regel brengt weliswaar mee dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijk instantie zal worden berecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, dient voormelde regel steeds toepassing te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appelrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt, waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen. Daarmee kan op één lijn worden gesteld een geval als het onderhavige, waarin in eerste aanleg ten onrechte ontslag van de instantie is verleend en waarin dus de rechter eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tus-

sen de betrokken partijen is toegekomen.

HR 22 december 2009 L/JN BK2000

Deze zaak betreft de nasleep van een ernstig verkeersongeval tussen twee bromfietzers, eiser en verweerder 2, waarbij eiser een dwarslaesie heeft opgelopen. Belangrijkste punt van geschil tussen partijen is de vermoedelijke toedracht van het ongeval. In cassatie gaat het om de vraag of het hof een (nader) deskundigenbericht had behoren te gelasten en eiser tot tegenbewijs had behoren toe te laten. Unigarant is de verzekeraar van verweerder 2 en beiden zijn aansprakelijk gesteld voor de door eiser geleden schade. Unigarant en verweerder 2 ('Unigarant c.s.') hebben de stelling van eiser betwist dat verweerder 2 plotseling en zonder richting aan te geven linksaf is geslagen waardoor de botsing is ontstaan. Zij hebben evenwel aansprakelijkheid erkend voor 50% van de schade. Unigarant c.s. hebben als verweer gevoerd dat eiser met (te) hoge snelheid heeft gereden. Eiser heeft dit betwist en heeft op dit punt bewijs aangeboden dat door het hof is gepasseerd. Het hof heeft overwogen dat het aanbod om verweerder 2 als getuige te doen horen onvoldoende specifiek/relevant is, nu deze ten overstaan van de politie, kort na het ongeval, tot twee keer toe heeft verklaard dat hij eiser niet heeft zien naderen, en eiser dit gegeven zelf als vaststaand heeft aanvaard, zodat niet in te zien valt dat verweerder 2 iets zou kunnen verklaren over de snelheid waarmee eiser kort voor het ongeval heeft gereden. Ingevolge art. 151 lid 2 Rv staat tegenbewijs vrij. Naar vaste rechtspraak heeft een aanbod om tegenbewijs te leveren niet te worden gespecificeerd. Zie bijv. HR 9 januari 1998, NJ 1999, 413, m.nt. HJS, en HR 30 januari 2004, NJ 2004, 197. Het hof heeft het tegenbewijsaanbod van eiser afgewezen als 'onvoldoende specifiek/relevant' en is dus ten onrechte uitgegaan van de opvatting dat een aanbod om tegenbewijs te leveren gespecificeerd dient te zijn.

HR 29 januari 2010, L/JN BK2007

In deze zaak draait het om de vraag of procespartijen de aantekeningen van de secretaris van een scheidsgerecht, die tijdens de behandeling zijn opgemaakt, kunnen opeisen. Het hof heeft deze vraag – anders dan de voorzieningenrechter – aan de hand van art. 7:403 BW en 843a Rv bevestigend beantwoord. Eiser heeft daarbij o.a. gesteld dat zij een rechtmatig belang heeft bij het verkrijgen van een afschrift van het verslag aangezien zij de aantekeningen nodig heeft als bewijs in de vernietigingsprocedure van de arbitrale vonnissen en dat de aantekeningen mede in haar opdracht zijn gemaakt en er (mede) voor haar is betaald. De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorziening geweigerd. Het hof heeft dit vonnis vernietigd en de arbiters alsnog veroordeeld om de aantekeningen van de secretaris af te geven voor zover deze naar het oordeel van een onafhankelijke derde het feitelijk verloop van de hoorzitting betreffen. Het hof overwoog daartoe dat verweerster, gelet op art. 7:403 BW en 843a Rv, in redelijkheid kan verlangen dat de aantekeningen van de secretaris, die mede zijn gemaakt in het kader van de door partijen aan arbiters gegeven opdracht aan haar in afschrift worden verschaft ter verantwoording van de uitvoering van die opdracht. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Omdat de door de arbiters aanvaarde opdracht in beginsel niet verplicht een schriftelijk verslag aan partijen ter beschikking te stellen, geldt hetzelfde voor de aantekeningen die de secretaris tijdens de mondelinge behandeling heeft gemaakt. Art. 7:403 BW maakt dit niet anders omdat op de arbiters bij de voldoening aan hun opdracht op grond van deze bepaling geen andere informatie- en verantwoordingsplichten rusten dan om partijen te informeren over de procedure die de arbiters zich voorstellen te volgen, en om tijdens de behandeling van het geschil genomen beslissingen – al naar gelang de aard daarvan – te motiveren, evenals de uitspraak zelf. Wat betreft het mede door verweerster gedane beroep op art. 843a Rv, wordt vooropgesteld dat persoonlijke aantekeningen die de secretaris van het scheidsgerecht of de arbiters zelf tijdens of na de zitting hebben gemaakt van hetgeen

tijdens de zitting is gezegd en gevallen, bescheiden zijn aangaande de rechtsbetrekking die tussen partijen in de arbitrage aan de orde is. De arbitrageovereenkomst strekt echter naar haar aard ertoe een tussen partijen bestaand geschil te beslissen. Binnen de grenzen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het eventueel tussen partijen overeengekomen arbitragereglement is het in beginsel aan het beleid van de arbiters overgelaten de procesvoering te bepalen. Deze beleidsvrijheid van arbiters kan, gelet op de aard van de arbitrageprocedure, niet worden doorkruist door een beroep op het algemeen geformuleerde, en niet specifiek op het arbitrale geding toegesneden, art. 843a Rv.

HR 29 januari 2010, L/JN BK3571

In dit arrest staan de verplichtingen van de deurwaarder omtrent de verdeling van een executieopbrengst en de aansprakelijkheid van de Staat daaromtrent centraal. Het ging hierbij om de executieopbrengst van een pakket aandelen, welke op een derdenrekening van een deurwaarderskantoor was gestort. Daarna is er geruime tijd tussen de belanghebbenden getwist over de verdeling van de executieopbrengst. Toen daarover duidelijkheid was verkregen, bleek dat het deurwaarderskantoor de gestorte gelden ten gunste van zichzelf had verbruikt, alvorens het failliet ging. Aangezien de Staat op grond van art. 480 lid 3 Rv hoofdelijk aansprakelijk is voor de verplichtingen omtrent de verdeling van de executieopbrengst, heeft zij de hoofdsom aan de belanghebbenden voldaan. De belanghebbenden stellen zich echter op het standpunt dat zij ook recht hebben op de rente die daar bij zorgvuldig beheer over had kunnen worden bedongen. De Staat betwist in deze zaak dat hij ook voor de post aansprakelijk kan worden gehouden, omdat het hier niet zou gaan om een krachtens art. 480 Rv op de deurwaarder rustende verplichting. De Hoge Raad stelt de belanghebbenden in het gelijk en bepaalt dat het inderdaad tot verplichtingen van een deurwaarder behoort om een marktconforme rente te bedingen van de bewaarder, in ieder geval wanneer het gaat om een aanzienlijk bedrag en het voorzienbaar is dat dit bedrag niet

spoedig aan de rechthebbende(n) kan worden uitgekeerd.

Literatuur

K. Teuben, 'Procederen door en tegen personenvennootschappen', *MvV* 2009-11, p. 269-278

In dit artikel wordt ingegaan op de vragen die kunnen rijzen indien door of tegen een personenvennootschap moet worden geprocedureerd. Aan de orde komen onder meer het aangaan van rechten en verplichtingen door de vennootschap, de aansprakelijkheid van individuele vennoten voor schulden van de vennootschap, het afgescheiden vermogen van de vennootschap, de procesbevoegdheid van de vennootschap en de mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van een veroordelend vonnis op het vermogen van de vennootschap en het privévermogen van de vennoten. Hierbij wordt zowel aandacht besteed aan het huidige recht als aan de aankomende titel 7.13 BW.

N. Jansen, 'Waar moet een werkgever procederen?', *JutD* 2009-23, p. 12-15

Op 21 april 2009 heeft de Europese Commissie het Groenboek over de toepassing en herziening van de EEX-Vo gepubliceerd. In dit Groenboek wordt op het gebied van de bevoegdheidsregels bij arbeidsgeschillen slechts aandacht gevraagd voor de mogelijkheid om voeging toe te staan van vorderingen krachtens art. 6 (samenhangende vorderingen). In het licht van de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 22 mei 2008 (*Glaxosmithkline/Rouard*) waarin het Hof voor recht verklaarde dat art. 6 EEX-Vo niet van toepassing is in arbeidsgeschillen, is het terecht dat aan deze kwestie aandacht wordt besteed in het Groenboek.

G.T. de Jong, 'Fatale termijn en verkeerd presteren', *WPNR* 2010-6826, p. 35-42

Heeft een overeengekomen termijn fatale werking ingeval de debiteur verkeerd presteert? Mede naar aanleiding van het arrest HR 27 juni 2008, *RvdW* 2008, 681 (*Moerings/Mol Agrocom*) wordt betoogd dat een bevestigende beantwoording van deze vraag voor de hand ligt.

C.J. van Weering, 'Verschoningsrecht voor de mediator? HR 10 april 2009, L/JN BG9470', *PIV Bulletin*, 2009-8, p.7-9

De vraag die in dit artikel aan de orde wordt gesteld is of aan het lijstje van verschoningsgerechtigden ook de mediator dient te worden toegevoegd. Alvorens die vraag te kunnen beantwoorden en de recente jurisprudentie van de Hoge Raad op dat gebied te bespreken, is het van belang dat een indruk wordt gekregen van de toepasselijke wetgeving en de afspraken.

M.C.P. van Dongen & A. de Feijter, "'Ontsnappingsprongen' met paard of pony inzake het wettelijke bewijsvermoeden ex art. 7:18 lid 2 BW", *NTBR* 2010-1, p. 11-17

Is de koper van een zaak van mening dat de door hem gekochte zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, dan rust op hem op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast hiervan. Is er sprake van een consumentenkoop en openbaart de door de koper gestelde non-conformiteit zich binnen zes maanden na aflevering van de gekochte zaak, dan geldt het wettelijk bewijsvermoeden dat de zaak bij aflevering niet aan de koopovereenkomst heeft beantwoordt. Dit wettelijk bewijsvermoeden is neergelegd in art. 7:18 lid 2 BW. Met name bij dieren kan dit wettelijk bewijsvermoeden leiden tot onoplosbare bewijsproblemen voor de verkoper.

K.E. Mollema, 'Civiel appel, in de knel!', *TvPP* 2010-1, p. 4-6

Op 1 januari 2002 trad het herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in werking. In het bijzonder het procesrecht in eerste aanleg werd daarbij grondig vernieuwd. De artikelen betreffende het hoger beroep bleven grotendeels ongewijzigd.

CMS Derks Star Busmann

A. al Mansouri

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Ktr. Maastricht, sector kanton, locatie Heerlen 7 december 2009, L/JN BK8562

Gedaagde (een consument) is met de nakoming van zijn betalingsverplichtingen jegens T-Mobile in verzuim geraakt, waarna T-Mobile vervolgens krachtens de algemene voorwaarden gebruik heeft gemaakt van haar recht om de aangeboden diensten buiten gebruik te stellen, hetgeen gedaagde echter niet ontstond van zijn contractuele verplichtingen. Omdat gedaagde, na buitengebruikstelling de betalingsverplichting niet is nagekomen, heeft T-Mobile vervolgens conform de algemene voorwaarden de overeenkomst ontbonden en de resterende abonnementskosten bij gedaagde in rekening gebracht. Lindorff (cessio-naris) vordert veroordeling van gedaagde tot betaling van € 535,33 aan abonnements- en gesprekskosten (waarvan € 192,57 betrekking heeft op de reeds gemaakte kosten en € 342,76 de resterende contractsduur betreft), € 245,98 aan vervallen contractuele rente en € 178,50 aan buitengerechtelijke incassokosten inclusief btw, vermeerderd met de overeengekomen rente ad 1% per maand over de abonnements- en gesprekskosten. De rechtbank oordeelt dat het betreffende beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is op grond van het bepaalde in de bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG onder e), betreffende onevenredige hoge boetes bij wanprestatie, en o), betreffende de verplichting tot nakoming van alle verbintenissen wanneer de verkoper zijn verbintenissen niet nakomt, zoals in casu het geval is. Het beding wordt dus vernietigd krachtens art. 6:233 sub a BW. Bovendien moet het vernietigde beding worden aangemerkt als een schadevergoeding op grond van de wet (art. 6:277 BW). Verder faalt het betoog van Lindorff dat ook de gederfde winst als schade dient te worden aangemerkt, omdat dit de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan Richtlijn 93/13/EEG illusoir zou maken. Het vorenstaande brengt met zich dat de vordering inzake de factuur van maart 2006 ad € 342,76, betrekking

hebbende op de resterende abonnementskosten, wordt afgewezen.

HR 8 januari 2010, L/JN BK1615

Eiseres wordt bij exploit van 20 september 2005 door het UWV aangesproken tot betaling van € 27.653,32, zijnde de helft van het bedrag dat haar ex-man verschuldigd is wegens ten onrechte genoten WW-uitkeringen, invorderingskosten, btw en verbeurde rente. Als grond voor de vordering voert het UWV aan dat de schuld van de ex-man aan het UWV staande het huwelijk (dat op 25 oktober 2001 is ontbonden) is ontstaan, dat de schuld een gemeenschapsschuld vormt en dat eiseres met de ontbinding van het huwelijk krachtens art. 1:102 BW voor de helft aansprakelijk is geworden voor de schuld. Eiseres heeft het verweer gevoerd dat de vordering jegens haar is verjaard. Zij heeft onder verwijzing naar art. 3:309 BW aangevoerd dat uitgaande van de brief van 21 september 1998 (waarin het UWV haar ex-man mededeelt dat de uitkering onverschuldigd is betaald), de verjaring van de vordering is aangevangen op 22 september 1998, zodat de vordering jegens haar op 22 september 2003 is verjaard, omdat geen stuiting zou hebben plaatsgevonden. De rechtbank wijst de vordering van het UWV toe en oordeelt dat de verjaring is gestuit door de brieven van 2 december 1999 en 3 september 2004 van het UWV betreffende een aanmaning gericht aan haar ex-man, zodat het beroep op verjaring faalt. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd. De Hoge Raad verwierpt het beroep en overweegt dat de verjaringstermijn is gaan lopen vanaf het moment dat de echtscheiding intrad, op 25 oktober 2001. Ingevolge art. 1:102 BW is eiseres immers pas na de ontbinding van de gemeenschap van goederen hoofdelijk aansprakelijk geworden jegens het UWV voor de helft van de schuld van haar ex-man aan het UWV. Dit heeft als gevolg dat de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:309 BW nog niet is verstreken op 20 september 2005, de datum waarop het UWV de vordering tegen eiseres aanhangig heeft gemaakt.

HR 8 januari 2010, L/JN BK0163

Deze zaak gaat over de aansprakelijkheid van een Nederlandse advocaat jegens zijn cliënt voor schade

als gevolg van handelingen van twee buitenlandse advocaten (Verreet en Davó) die zijn ingeschakeld teneinde ten behoeve van de cliënt beslag te leggen op een zich in het buitenland bevindend schip. Daarbij is gebruikgemaakt van twee advocaten aangezien het schip ten tijde van de beslaglegging is verplaatst. In het bijzonder gaat het om de aansprakelijkheid voor de door de buitenlandse advocaten ten onrechte toegepaste verrekening van hun declaraties met het bedrag dat is vrijgevallen uit de ter opheffing van het beslag gestelde bankgarantie. Kernvraag is of de aansprakelijkheid kan worden gegrond op art. 6:76 BW. De advocaat heeft zijn beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uitgebreid onderbouwd met een verwijzing naar de feiten en omstandigheden die volgens hem meebrengen dat de overweging die aan aansprakelijkheid voor hulppersonen ten grondslag liggen – waaronder, kort aangeduid, keuzevrijheid, profijtbeginsel, prikkelprincipe en slachtofferbescherming – in het onderhavige geval geen opgeld doen. Uit het arrest HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 733 valt af te leiden dat indien een of meer van genoemde overwegingen in het concrete geval geen rol speelt/spelen, zulks grond kan opleveren voor het oordeel dat toepassing van de regel van art. 6:76 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Aan deze stellingen had het hof niet zonder (kenbare) nadere motivering voorbij mogen gaan.

Literatuur

S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, 'Over de grenzen van ... artikel 7:658 lid 4 BW, De reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen van ingeleend personeel', *TAP special* 2009-3, p. 22-32
Op grond van art. 7:658 lid 1 BW rust op de werkgever een zorgplicht voor de veiligheid van zijn werknemers die in de rechtspraak als (bijzonder) streng wordt uitgelegd. Het tweede lid van het artikel versterkt bovendien de positie van de werknemer door aan de zorgplichtschending een bijzonder aansprakelijkheidsregime te verbinden. Hiermee is door de wetgever en de rechtspraak een regime in het leven ge-

roepen dat in het aansprakelijkheidsrecht zijn gelijke niet kent.

B.A.X. van Asten, 'Voordeelstoerekening bij ontbinding van een duurovereenkomst: "Eenzelfde gebeurtenis" en "abstracte" schadeberekening: what's in a name?', *MvV* 2009-12, p. 318-323
Naar aanleiding van HR 10 juli 2009, *RvdW* 2009, 847 (*Vos/TSN*) wordt in deze bijdrage een aantal interessante aspecten van voordeels-toerekening besproken: wat onder 'eenzelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW moet worden verstaan, de verhouding tussen de methoden van schadeberekening (concreet of abstract) en de toepassing van voordeelstoerekening.

H.C.A.M. Mulders, 'Collectief verhaal voor consumenten in Europees verband', *De Beursbengel* 2010-791, p. 12-14
Consumenten die grensoverschrijdend (e-)shoppen zouden mogelijkheden moeten hebben om als het mis gaat hun schade te verhalen, eventueel ook collectief. De Europese Commissie is druk bezig hieromtrent beleid te ontwikkelen. Ook Europese wetgeving wordt overwogen. Dit artikel gaat in op de stand van zaken en bespreekt de verschillende opties voor een Europese aanpak.

N. Lavrijssen, 'Immateriële schadevergoeding nabestaanden' (HR 9 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1154 (*Kleijnen c.s./Reaal Schadeverzekeringen N.V.*)), *Bb* 2010-1, p. 1-3
Art. 6:95 BW bepaalt dat ander nadeel slechts voor vergoeding in aanmerking komt voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. De belangrijkste bepaling in het kader is art. 6:106 BW. Het is het slachtoffer zelf dat recht heeft op een immateriële schadevergoeding. Derden, zoals nabestaanden, hebben in beginsel geen recht op een immateriële schadevergoeding vanwege het moeten missen van een dierbare. Een en ander hangt samen met het gesloten stelsel van art. 6:106 tot en met art. 6:108 BW.

A. van Hoey Smith & W.C.T. Weterings, 'Leidingschades en de toepasbaarheid van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW bij doorlopende schade', *WPNR* 2010-6830, p. 115-121

De auteurs bespreken de tenzij-clausule van art. 6:174 BW. Zij concluderen dat de reikwijdte van de tenzij-clausule bij doorlopende schade verstrekkender is dan op dit moment in de jurisprudentie en rechtspraak wordt aangenomen.

P.S. de Graaf & J.B. Wezenman, 'Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekerde op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde/gelaedeerde', *NTHR* 2010-1, p. 1-9

De schade die een verzekerde lijdt, kan door een derde zijn veroorzaakt. In geval de derde voor deze schade aansprakelijk is, heeft de verzekerde/gelaedeerde gelijktijdig twee vorderingen: de verzekerde/gelaedeerde kan de aansprakelijke derde aanspreken tot vergoeding van zijn schade, maar hij kan ook uitkering verlangen van zijn eigen schadeverzekering.

CMS Derks Star Busmann

A. al Mansouri