

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Ter zitting verschenen gedaagde, doorhaling procedure en verstek tegen andere twee gedaagden

HR 7 juli 2017,
ECLI:NL:HR:2017:1274

Bij doorhaling na intrekking eis tegen verschenen gedaagde wordt een verstekvonnis gewezen tegen niet verschenen gedaagden, geen risico van tegenstrijdige uitspraken.

Eiser heeft drie partijen gedagvaard voor de rechtbank en daarbij gevorderd hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een geldsom. Slechts één van de drie gedaagden is in het geding verschenen. De vordering tegen deze gedaagde is ter comparitie ingetrokken en de procedure tegen deze gedaagde is daarop doorgehaald. De twee andere gedaagden zijn bij verstek veroordeeld tot betaling van een geldsom en hebben vervolgens een verzetdagvaarding uitgebracht. Het verstekvonnis is vernietigd en slechts één van de twee verstek gedaagden is veroordeeld tot betaling van een geldsom, overigens lager dan geëist. Tegen dat vonnis is daarom naast de veroordeelde gedaagde ook eiser in hoger beroep gekomen.

Eiser heeft in het incidentele hoger beroep betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de twee verstek gedaagden in hun verzet tegen het verstekvonnis konden worden ontvangen. Volgens eiser wordt dat vonnis op grond van artikel 140 lid 3 Rv als een vonnis op tegenspraak beschouwd, omdat er meer gedaagden waren en ten minste een van hen in het geding is verschenen. Tegen het vonnis stond daarom geen verzet open, maar alleen hoger beroep, aldus eiser. Het hof heeft bij wijze van prejudiciële vraag de Hoge Raad – kort gezegd – gevraagd of het door de rechtbank gewezen vonnis kan worden aangemerkt als een verstekvonnis of als een vonnis op tegenspraak. De Hoge Raad overwoog

dat artikel 140 Rv ertoe strekt te voorkomen dat tegen hetzelfde vonnis zowel een appelprocedure door de verschenen gedaagden, als een verzetprocedure door de niet verschenen gedaagden kan worden gevoerd, met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen. Wanneer de verschenen gedaagden echter, voordat eindvonnis wordt gewezen, niet langer aan de procedure deelnemen en de procedure alleen ten aanzien van de niet verschenen gedaagde(n) wordt voortgezet zodat het vonnis uitsluitend wordt gewezen tussen de eiser(s) en de niet verschenen gedaagde(n), is artikel 140 lid 3 Rv niet van toepassing. Het risico van tegenstrijdige uitspraken is dan niet meer aanwezig. Het antwoord op de prejudiciële vraag is dat in een geval waarin drie partijen zijn gedagvaard, waarvan twee partijen niet zijn verschenen en de zaak van de wel verschenen partij na intrekking van de eis is doorgehaald, het door de rechtbank ten aanzien van de niet verschenen gedaagden gewezen vonnis moet worden aangemerkt als een verstekvonnis, waartegen het rechtsmiddel van verzet openstaat.

Kantoorbetekening ex artikel 63 lid 1 Rv aan buitenlandse gedaagden ook onder KEI

HR 7 juli 2017,
ECLI:NL:HR:2017:1278

Eiseres heeft bij procesinleiding cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. De griffier van de Hoge Raad heeft aan eiseres een oproepingsbericht doen toekomen. Eiseres heeft het oproepingsbericht en de procesinleiding bij exploit doen betekenen aan het kantoor van de advocaat van verweerster in cassatie. Verweerster is in cassatie niet verschenen waarna eiseres heeft verzocht tegen verweerster verstek te verlenen. Op het verzoek tot verstekverlening is de op 1 maart 2017 in werking getreden regelgeving inzake digitaal procederen in vorderingszaken van toepassing. Eiseres heeft in de procesinleiding vermeld dat verweerster is gevestigd en kantoor houdt in België, en

in de vorige instantie laatstelijk woonplaats heeft gekozen op het adres waar haar advocaat kantoor houdt. In het hiervoor genoemde betekeningsexploot van het oproepingsbericht en de procesinleiding is vermeld dat het op de voet van artikel 63 lid 1 Rv op dat adres is uitgebracht.

Het is vaste rechtspraak (HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:310, NJ 2015/411, r.o. 2.3-2.4.3) dat bij betekening van een exploit waarbij verzet wordt gedaan of waarbij hoger beroep of beroep in cassatie wordt ingesteld (hierna: rechtsmiddelexploot) op de voet van artikel 63 lid 1 Rv aan het kantoor van de advocaat of deurwaarder bij wie degene voor wie het rechtsmiddel-exploot is bestemd, laatstelijk ter zake woonplaats heeft gekozen (hierna: kantoorbetekening), kan worden volstaan met de in artikel 115 lid 3 (oud) Rv voorgeschreven termijn van dagvaarding van ten minste een week, indien degene voor wie het stuk is bestemd, een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf heeft in een lidstaat waar de Betekeningsverordening II van toepassing is, dan wel in een (al dan niet in Europa gelegen) staat die partij is bij het Haags Betekeningsverdrag.

Die rechtspraak berust op de overweging dat de kantoorbetekening strookt met het doel en de strekking van zowel het Haags Betekeningsverdrag als de Betekeningsverordening II om op eenvoudige en snelle wijze te bewerkstelligen dat de geadresseerde die in een andere verdragsstaat of lidstaat zijn woonplaats of bekend werkelijk verblijf heeft, van het exploit kennisneemt, nu de kantoorbetekening beoogt een waarborg te scheppen dat het exploit ook werkelijk tijdig degene bereikt voor wie het is bestemd. Ook heeft de Hoge Raad in dit verband overwogen dat de advocaat aan wiens adres op de voet van artikel 63 lid 1 Rv het exploit wordt betekend, is gehouden te bevorderen dat het exploit tijdig degene bereikt voor wie het is bestemd, hetgeen met de moderne communi-

catiemiddelen binnen de gestelde termijn in de regel mogelijk zal zijn. De Hoge Raad overweegt dat deze rechtspraak bij de invoering van digitaal procederen haar werking heeft behouden.

De rechter dient met inachtneming van het verdedigingsbelang te beslissen over verstekverlening. Indien degene voor wie het rechtsmiddel-exploot is bestemd, op de dienende dag niet verschijnt en er aanleiding bestaat eraan te twijfelen of het stuk de buitenlandse geadresseerde heeft bereikt, dient de rechter het verstek niet terstond te verlenen. De rechter kan zo nodig inlichtingen hieromtrent (doen) inwinnen bij de advocaat aan wiens kantoor het rechtsmiddelexploot is gedaan. Indien de advocaat aan wiens kantoor het rechtsmiddelexploot is gedaan, eigener beweging of desgevraagd meedeelt dat hij (nog) niet erin is geslaagd zijn (voormalige) cliënt op de hoogte te stellen van de inhoud van het stuk, dient de rechter dit in zijn oordeelsvorming te betrekken. In casu bestaat geen aanleiding eraan te twijfelen dat het exploot verweester heeft bereikt. De Hoge Raad verleent verstek tegen de verweester.

Feitelijke grondslag mag niet worden aangevuld met gebleken feiten en omstandigheden

HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1357

Rechter mag de feitelijke grondslag op grond van artikel 24 Rv niet uit gebleken feiten en omstandigheden afleiden die niet door de desbetreffende partij aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Verweerder heeft op basis van een mondeling gesloten overeenkomst van opdracht werkzaamheden verricht die bestonden in het voeren van de dagelijkse administratie van ondernemingen waarbij eiser betrokken was. Verweerder ontving hiervoor een maandelijkse vergoeding. Verweerder vordert van eiser betaling van een bedrag van € 28 232,75, waaronder een bedrag van € 9520 voor in juli en augustus 2011 verrichte werkzaamheden. Verweerder heeft ten laste van eiser conservatoir beslag doen leggen op bankrekeningen van eiser en op twee eilanden, gelegen in de gemeente Aalsmeer.

Eiser heeft in conventie als verweer gevoerd dat niet hij, maar een vennootschap de opdrachtgever van verweerder was. In reconventie heeft eiser opheffing gevorderd van de conservatoire beslagen. De rechtbank heeft in conventie de vordering tot een bedrag van € 9520 toegewezen en in reconventie de vordering afgewezen.

In hoger beroep heeft eiser zijn eis gewijzigd en een verklaring voor recht gevorderd dat verweerder onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door de beslagen onroerende zaken executoriaal te verkopen, en dat verweerder aansprakelijk is voor de daardoor geleden en nog te lijden schade. Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd en heeft het door eiser bij wege van wijziging van eis gevorderde afgewezen. Het hof overwoog dat in de stellingname van verweerder besloten lag dat er tussen hem en eiser een overeenkomst tot stand was gekomen met de inhoud dat eiser in privé hoofdelijk, naast de desbetreffende rechtspersoon, jegens verweerder aansprakelijk was voor betaling van de vergoeding voor de door verweerder voor die rechtspersoon verrichte werkzaamheden. Volgens het hof was het voor eiser kenbaar dat verweerder zich beriep op hoofdelijke aansprakelijkheid. Het hof verwees daarbij naar een brief van de advocaat van verweerder aan de rechtbank, de verklaring van verweerder ter comparitie in eerste aanleg, naar de conclusie van antwoord en naar de memorie van grieven.

Eiser klaagt in cassatie dat het hof hiermee in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag van de vordering van verweerder heeft aangevuld en de grenzen van de rechtsstrijd heeft miskend. Volgens de toelichting op het onderdeel heeft verweerder zijn vordering uitsluitend gebaseerd op de gestelde opdracht van eiser aan hem.

De Hoge Raad oordeelt dat de klacht is gegrond. De gedingstukken laten geen andere uitleg toe dan dat verweerder zijn vordering uitsluitend heeft gebaseerd op de door hem gestelde opdracht. De brief van de advocaat van verweerder aan de rechtbank en de verklaring van verweerder ter comparitie bieden geen aanknopingspunt voor het oordeel van het hof dat verweerder tevens hoofdelijke aansprakelijkheid

van eiser aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. Evenmin kan uit de conclusie van antwoord en de memorie van grieven worden afgeleid dat eiser onderkende dat verweerder hem hoofdelijk aansprakelijk achtte.

De Hoge Raad bevestigt dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663, NJ 2016/222). Door te oordelen dat verweerder tevens de hoofdelijke aansprakelijkheid van eiser aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, heeft het hof artikel 24 Rv geschonden. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing.

Vordering schadevergoeding in appel wegens onrechtmatige executie van vonnis

HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1263

In appel kan bij eisvermeerdering schadevergoeding wegens onrechtmatige executie van vonnis in eerste aanleg worden gevorderd. Zie voor een uitgebreide samenvatting de actualiteiten huurrecht van deze aflevering.

Literatuur

S.N. Vlaar, 'IPR-aspecten van het NCC-wetsvoorstel', NIPR 2017, afl. 2

De Netherlands Commercial Court (NCC) is een Engelstalig gerecht met een aangepaste rechtsgang dat is ingericht om grotere internationale vorderingen te berechten. De auteur bespreekt de reacties die zijn binnengekomen op het wetsvoorstel voor de oprichting hiervan.

J.M. Wisseborn, '(Prejudiciële) vraagtekens bij de WIK', BER 2017, afl. 2

In een periode van nog geen vierenhalf jaar na inwerkingtreding van de Wet Incasso Kosten, zijn er in

maar liefst drie afzonderlijke procedures prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld over de toepassing van deze wet en het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten. De auteur staat stil bij de antwoorden die de Hoge Raad heeft gegeven op de vragen over deze kennelijk voor de praktijk zo onduidelijke wet en de gevolgen.

P.M. Vos, 'Prognoseverbod staat in de weg aan schorsing tenuitvoerlegging', *BER* 2017, afl. 2

In deze bijdrage gaat het om de vraag in hoeverre een verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een vonnis wegens een onjuiste bewijsbeslissing in dat vonnis, kans van slagen heeft en de rol van het prognoseverbod hierbij. Ook wordt aandacht besteed aan de toets voor het passeren voor het aanbod tot het horen van partijdeskundigen, dit alles naar aanleiding van het arrest Hof Den Haag 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3215.

C.J.-A. Seinen, 'Hart, handen & voeten: de mondelinge behandeling en de pleitnota na KEI', *TCR* 2017, afl. 2

Na invoering van KEI zal de civiele rechter in veel zaken meteen na de mondelinge behandeling uitspraak doen; alle stukken en stellingen moeten voortaan vóór de zitting zijn ingediend, en rechters worden geacht vaker instructies te geven om dit te bewerkstelligen. Nieuw is deze wens niet; wel nieuw is dat de wetgever hem in de wet heeft geëxpliciteerd en op de overtreding van enkele sleutelbepalingen concretere sancties stelt. Deze bijdrage onderzoekt of de wetgever met die wijzigingen de al decennia gewenste 'cultuuromslag' in het civiele proces eindelijk afdwingt; praktische vraag daarbij is of partijen nog wel een pleitnota mogen indienen.

H.B. Krans, 'Rechtsvorming van onderaf', *NTBR* 2017/25, afl. 6

Bij rechtsvorming door de rechter denken we meestal aan rechtsvorming door de Hoge Raad. Dat kan gaan om een nieuwe rechtsvraag of om een al langer sluimerende rechtsvraag waar de Hoge Raad nog niet over heeft geoordeeld. Voor rechtbanken en hoven maakt het oordeel van de Hoge Raad dan duidelijk hoe 'het' zit. De Hoge Raad heeft gesproken en de feiten-

rechters kunnen zich richten naar die beslissing. Voor zover het gaat om rechterlijke rechtsvorming zouden we dit rechtsvorming van bovenaf kunnen noemen. Dat is bij beantwoording van privaatrechtelijke rechtsvragen de meest gebruikelijke richting in de rechterlijke kolom. Maar dit wil niet zeggen dat het louter eenrichtingsverkeer is. De Hoge Raad is niet gebonden aan beslissingen van lagere rechters, maar kan de lagere rechtspraak vanzelfsprekend wel betrekken in zijn beschouwingen. In zeker opzicht zou men kunnen spreken van rechtsvorming van onderaf.

W.H. van Boom, H. Pluut & J.I. van der Rest, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – een empirisch vervolg', *NTBR* 2017/26, afl. 6

Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels behoeven geen bewijs. De rechter mag ze ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Het is echter de vraag of leken dergelijke feiten ook zo 'algemeen bekend' vinden en of zij ervaringsregels net zo evident vinden als de rechter. Eerder onderzoek onder rechtenstudenten toonde aan dat dit lang niet altijd het geval is (*NTBR* 2010, afl. 2). Met een uitgebreider onderzoek onder een breder publiek van 'echte' leken wisten wij deze uitkomst in grote lijnen te bevestigen. Uit ons onderzoek volgt bovendien dat persoonskenmerken, zoals leeftijd, opleidingsniveau en inkomen, weinig tot geen effect hebben op iemands oordeel over ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid. Wij vinden wel aanwijzingen dat er een verband bestaat tussen dit oordeel en iemands 'persoonlijke wereldvisie', in het bijzonder 'autoritarisme' en 'economisch liberalisme', alhoewel de samenhang niet in alle opzichten eenduidig is.

M.W. Knigge, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *TvA* 2017, afl. 2

In onder meer Zwitserland, België en Frankrijk kunnen partijen onder voorwaarden een zogenoemde 'uitsluitingsovereenkomst' sluiten. Door middel van een dergelijke overeenkomst doen partijen op voorhand afstand van het recht tot aantasting van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter. Het is de

vraag in hoeverre de uitsluitingsovereenkomst verenigbaar is met artikel 6 EVRM. Het EHRM verklaarde in de zaak *Tabbane/Zwitserland* de klacht dat artikel 6 EVRM was geschonden omdat de klager als gevolg van een uitsluitingsovereenkomst geen vordering tot vernietiging had kunnen instellen, niet-ontvankelijk. Naast op de verenigbaarheid van de uitsluitingsovereenkomst met artikel 6 EVRM gaat de auteur in op vragen als: in welke mate kunnen staten aansprakelijk worden gesteld voor schendingen van artikel 6 EVRM tijdens arbitrageprocedures? En: kunnen de staten de verantwoordelijkheid vermijden door de gronden te beperken waaraan arbitrale vonnissen kunnen worden vernietigd?

R. Schellaars, 'Het nieuwe ICC-Arbitragereglement 2017 – de ICC timmert aan de weg', *TvA* 2017, afl. 2

De International Chamber of Commerce, gewoonlijk aangeduid als de ICC, kent sinds 1923 een arbitrage-instituut en -reglement. Met herziening van het ICC Arbitragereglement in 2012 heeft de ICC de toon gezet voor aanpassing van arbitragereglementen van andere (inter)nationaal toonaangevende arbitrage-instituten waaronder het Arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut van 1 januari 2015. Het ICC Arbitragereglement is in het najaar van 2016 wederom herzien en wordt in gewijzigde vorm op 1 maart 2017 van toepassing. In deze bijdrage besteedt de auteur aandacht aan twee belangrijke wijzigingen die nu plaatsvinden. In de eerste plaats gaat het om implementatie van regels om transparantie te bevorderen. Zo wordt de motivering van bepaalde beslissingen van de ICC Court of Arbitration nader geregeld. Voorts publiceert de ICC informatie over arbiters die in procedures op de voet van het ICC Arbitragereglement zijn benoemd op haar website. In de tweede plaats gaat de auteur in op de invoering van een regeling voor een arbitrale spoedbodempprocedure – de hoofdmoot van deze bijdrage aan het *TvA*. De auteur rondt af met een korte duiding van overige aanpassingen in dit reglement, om de lezer een compleet beeld van de aanstaande wijzigingen te bieden.

Wetgeving

Nieuwe beslagsyllabus (versie augustus 2017)

Er is een nieuwe versie van de beslagsyllabus verschenen. Deze syllabus bevat eisen waaraan beslagrekensten moeten voldoen. Aanvullingen en wijzigingen ten opzichte van de vorige versie zijn in kleur aangegeven.

Wetsvoorstel over Netherlands Commercial Court bij Tweede Kamer ingediend

Een nieuwe internationale handelskamer van de Rechtbank Amsterdam en van het Gerechtshof Amsterdam kan straks in het Engels uitspraak doen in complexe, internationale handelsgeschillen. Dit staat in een wetsvoorstel van minister Blok (Veiligheid en Justitie) dat vandaag bij de Tweede Kamer is ingediend. Voor de praktijk wordt de internationale handelskamer van de Rechtbank Amsterdam aangeduid als Netherlands Commercial Court (NCC) en de internationale handelskamer van het Gerechtshof Amsterdam als Netherlands Commercial Court of Appeal (NCCA).

G.N. Creijghton
CMS

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Contractuele verplichtingen en belangen van derden

HR 14 juli 2017,
ECLI:NL:HR:2017:1355

Geen wanprestatie jegens contractuele wederpartij vereist van door derde op grond van onrechtmatige daad aangesproken partij bij overeenkomst waarmee de belangen van die derde zijn verbonden en welke belangen zijn veronachtzaamt. Tussen De Molen Bunders B.V. (hierna: DMB) en Compaen is een koopovereenkomst gesloten op grond waarvan Compaen van DMB ten aanzien van 70 woningen (toekomstige) appartementsrechten heeft gekocht. In de koopovereenkomst is bepaald dat Compaen deze kan ontbinden indien niet minimaal 20 appartementen zijn verkocht voor een bepaalde datum.

DMB heeft vervolgens een overeenkomst met eiseressen gesloten om te bewerkstelligen dat Compaen de hiervoor bedoelde ontbindende voorwaarde in de overeenkomst met DMB niet zou kunnen invoeren. Eiseressen hebben zich jegens DMB verplicht op eerste afroep van DMB maximaal 20 appartementsrechten van Compaen te kopen. DMB heeft zich daar tegenover onder meer verplicht aan eiseressen € 15 000 te betalen voor elk appartementsrecht (met een maximum van 20) dat uiteindelijk niet door eiseressen behoeft te worden gekocht en afgenomen. In deze overeenkomst is voorts bepaald dat als de koopovereenkomst om welke reden dan ook wordt ontbonden, de overeenkomst van eiseressen met DMB gelijktijdig wordt ontbonden.

Compaen heeft de ontbindende voorwaarde niet ingeroepen. DMB heeft eiseressen niet verplicht appartementsrechten te kopen. Echter DMB en Compaen hebben een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin onder meer is bepaald dat de koopovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. DMB heeft aan eiseressen medegegeeld dat de koopovereenkomst met Compaen is ontbonden en als gevolg daarvan de overeenkomst met eiseressen. Vervolgens is DMB op verzoek van Compaen failliet verklaard.

Eiseressen vorderen in dit geding dat Compaen wordt veroordeeld tot betaling van € 607 000 met rente en kosten. Zij leggen aan de vordering ten grondslag dat Compaen onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die zij als gevolg daarvan hebben geleden, waaronder het mislopen van € 15 000 per appartementsrecht voor ten hoogste 20 appartementsrechten die niet door eiseressen behoeften te worden gekocht en afgenomen. De rechtbank heeft de vordering tot een bedrag van € 300 000 toegewezen en voor het overige afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering alsnog geheel afgewezen. Het hof overwoog dat de rechtsregel die de Hoge Raad heeft geformuleerd in o.a. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069 en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 en die erop neerkomt dat de wanprestatie

van een contractpartij onder omstandigheden tevens een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren, in onderhavige geval toepassing mist. Er kan niet van worden uitgegaan dat Compaen tekort is geschoten in de nakoming van de tussen haar en DMB gesloten koopovereenkomst, aldus het hof. Eiseressen klagen in cassatie tegen dit oordeel. Volgens hen is desbetreffende rechtsregel wel van toepassing. De Hoge Raad vat die rechtsregel als volgt samen. Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat uit de gedingstukken blijkt

dat eiseressen onder meer aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd, dat en waarom het Compaen in de omstandigheden van het geval niet vrijstond de belangen van eiseressen bij de behoorlijke nakoming van de koopovereenkomst tussen Compaen en DMB te verwaarlozen, en dat Compaen deze belangen had dienen te ontzien door haar gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Het oordeel van het hof dat bovenstaand beoordelingskader toepassing mist geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In dat beoordelingskader is bepalend of de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde, en is dus niet mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn. De klacht slaagt. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het hof en verwijst het geding naar een ander hof.

Borg en bevrijdend verweer

*HR 16 juni 2017,
ECLI:NL:HR:2017:1108*

Beroep door borg op terugbetaling van geldlening door schuldenaar is een bevrijdend verweer waarvan de bewijslast op de borg rust. Verweerders zijn bestuurder van een B.V. en hebben zich jegens de bank (eiseres in cassatie) borg gesteld voor twee door de bank aan de B.V. verstrekte leningen (lening 1 en lening 2). In dit geding vordert de bank de hoofdelijke veroordeling van verweerders tot betaling van een bedrag van € 151.984,68, met rente en kosten. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat de B.V. niet heeft voldaan aan haar uit de leningen voortvloeiende verplichtingen en dat verweerders zich borg hebben gesteld voor de schulden van de B.V. De rechtbank heeft de vordering van de bank toegewezen. Het hof heeft de vordering alsnog afgewezen. Het heeft daartoe onder meer overwogen dat de bank niet is ingegaan op de stelling van verweerders dat de borgstelling voor het bedrag van € 60.301,51 ten onrechte is gegeven, omdat het volledige bedrag van de daarmee corresponderende geldlening van B.V. al

betaald zou zijn. De bank is op deze stelling geheel niet ingegaan en heeft deze aldus niet gemotiveerd betwist. Dat betekent dat de bank lening 2 niet ten grondslag kan leggen aan de vordering op verweerders en dat alleen lening 1, voor zover die niet is afgelost, nog in aanmerking komt, aldus het hof. Volgens het hof rust de bewijslast van de stelling dat de B.V. lening 1 niet heeft betaald op de bank (artikel 7:855 lid 1 BW) en is tegenover de betwisting door verweerders, de stelling van de bank dat de B.V. lening 1 nog niet geheel heeft afgelost, niet komen vast te staan. Nu niet is komen vast te staan dat de leningen niet geheel zijn terugbetaald, moeten de vorderingen van de bank jegens verweerders worden afgewezen, aldus het hof.

Eiseres klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste bewijslastverdeling door te oordelen dat op de bank de bewijslast rust van de stelling dat de B.V. lening 1 niet heeft terugbetaald. Volgens het onderdeel rust op de borg de last te bewijzen dat de hoofdschuld is tenietgegaan. De Hoge Raad overweegt als volgt. De borg is op grond van de overeenkomst van borgtocht tegenover de schuldeiser gehouden tot nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (artikel 7:850 lid 1 BW). Dat hij niet tot die nakoming gehouden is voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten (artikel 7:855 lid 1 BW), is slechts van belang voor het moment van opeisbaarheid van de verbintenis van de borg, maar maakt zijn verbintenis niet tot een verbintenis onder opschortende voorwaarde (in welk geval de schuldeiser zou moeten bewijzen dat de opschortende voorwaarde vervuld is, zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2228). Verweermiddelen van de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser die het bestaan van de verbintenis van de hoofdschuldenaar betreffen, kunnen ook door de borg worden ingeroepen (artikel 7:852 lid 1 BW). De borg die door de schuldeiser wordt aangesproken tot betaling en het verweer voert dat de verbintenis van de hoofdschuldenaar niet meer bestaat doordat de hoofdschuldenaar reeds heeft betaald en dat de schuld daardoor is tenietgegaan, voert een bevrijdend verweer. Evenals het geval zou zijn indien de hoofdschul-

denaar dat verweer zou voeren, rust de bewijslast van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden ingevolge artikel 150 Rv op degene die dat bevrijdend verweer voert, in dit geval dus op de borg. De klacht is derhalve gegrond. Ook het onderdeel dat klaagt over schending van het beginsel van hoor en wederhoor is gegrond. Nadat het eindarrest was gewezen, is duidelijk geworden dat het hof de beschikking heeft gehad over een andere versie van de memorie van grieven dan de memorie van grieven die aan de bank was toegezonden. De versie die aan de bank was toegezonden, eindigde op de ondertekende pagina 4. De versie die aan het hof was toegestuurd, was identiek, op twee uitzonderingen na: (1) die versie was niet op pagina 4 ondertekend, en (2) die versie bevatte een ondertekende pagina 5, met daarop de stelling dat de borgstelling ad € 60.301,51 geen borgstelling kan zijn geweest omdat de bank toen al wist, dat het volledige bedrag al betaald zou zijn. Volgens het onderdeel heeft de bank niet kunnen reageren op deze stelling omdat zij niet beschikte over de vijf pagina's tellende versie van de memorie van grieven, waarin deze stelling – op pagina 5 – was vermeld. De klacht slaagt op de gronden uiteengezet in de conclusie van de advocaat-generaal. Na verwijzing zal de bank zich alsnog kunnen uitlaten over deze stelling. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het hof en verwijst het geding naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing.

Bruiklener en begrip 'een goed huisvader'

*HR 30 juni 2017,
ECLI:NL:HR:2017:1186*

Aan de op een bruiklener rustende zorgplicht met betrekking tot de hem uitgeleende zaak worden geen hogere eisen gesteld dan aan die van 'een goed huisvader'. Eiser heeft zijn zoon geholpen bij een verhuizing waarbij hij gebruikmaakte van een aanhangwagen die hij van zijn oom in bruikleen had gekregen. Eiser heeft de aanhangwagen na het lossen van de goederen, overdag, geparkeerd op een bovengronds openbaar parkeerterrein met rondom woningen en veel passerende fietsers en voetgangers. Eiser

heeft de aanhangwagen aan de trekhaak van de auto vastgezet met een in de disselkop aanwezig slot, en deze daar gedurende ongeveer een uur of anderhalf uur onbewaakt achtergelaten. Bij terugkeer bleek de aanhangwagen te zijn gestolen. Eiser heeft zijn oom de eigenaar van de aanhangwagen, schadeloos gesteld. In verband met deze schadevergoeding heeft eiser ZLM, zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, aangesproken en verzocht hem deze kosten op grond van de verzekering te vergoeden. ZLM achtte eiser niet aansprakelijk jegens zijn oom en heeft de claim van de hand gewezen.

In dit geding vordert eiser het bedrag van de schadevergoeding aan zijn oom als onder zijn aansprakelijkheidsverzekering gedekte schade van ZLM. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd, waartoe het heeft overwogen dat op grond van in artikel 7A:1781 BW op eiser de plicht rust als een goed huisvader voor de aanhangwagen te zorgen en dat eiser niet aansprakelijk is als hij bewijst dat hij in de nakoming van deze plicht niet is tekortgeschoten. Hoe deze zorgplicht in dit geval feitelijk dient te worden ingevuld, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de inhoud van de bruikleenovereenkomst, de aard van het geleende, de persoon van de bruiklener, het gebruik, en de redelijkheid en billijkheid, aldus het hof. Het hof overweegt vervolgens dat het in deze zaak gaat om een bruikleenovereenkomst tussen familieleden met betrekking tot een aanhangwagen. Gesteld noch gebleken is dat eiser met zijn oom concrete afspraken heeft gemaakt over de beveiliging van de aanhangwagen indien deze tijdens de verhuizing zou moeten worden geparkeerd. Eiser heeft de aanhangwagen, voorzien van een eenvoudig slot rond de trekhaak, aan het einde van de middag gedurende betrekkelijk korte tijd (zo'n anderhalf uur) geparkeerd op een bovengronds openbaar parkeerterrein met rondom woningen en veel passerende fietsers en voetgangers. Naar het oordeel van het hof heeft eiser met zijn keuze voor dit parkeerterrein niet een onverantwoord groot risico genomen en heeft hij door het slot te gebruiken en de

aanhangwagen niet onnodig lang op het parkeerterrein te laten staan, alle maatregelen getroffen om diefstal te voorkomen die redelijkerwijs van hem konden worden verlangd. Niet gezegd kan worden dat sprake is van onzorgvuldig, nalatig of roekeloos handelen van eiser en dat hij niet als een goed huisvader voor de aanhangwagen heeft gezorgd. Dat betekent dat hij niet aansprakelijk is voor de schade, aldus het hof.

Eiser klaagt dat het hof de maatstaf heeft miskend die aangelegd moet worden voor de op een bruiklener rustende zorgplicht met betrekking tot de hem uitgeleende zaak. Hij betoogt dat die zorgplicht inhoudt dat de bruiklener alles moet doen wat menselijkerwijs mogelijk is om verlies of beschadiging van de in bruikleen ontvangen zaak te voorkomen en dat dus niet voldoende is dat de bruiklener niet een onverantwoord groot risico genomen heeft of dat niet gezegd kan worden dat sprake is geweest van onzorgvuldig, nalatig of roekeloos handelen van de bruiklener.

De Hoge Raad overweegt als volgt. Op degene die een zaak in bruikleen heeft ontvangen, rusten – behoudens voor zover uit de overeenkomst anders voortvloeit – twee primaire verplichtingen: hij dient de zaak bij het einde van de bruikleen aan de uitlener terug te geven (artikel 7A:1777 BW) en hij moet tot op dat moment 'als een goed huisvader' voor de bewaring en het behoud van de zaak zorgen (artikel 7A:1781 lid 1 BW). Voorts gelden de in deze zaak niet aan de orde zijnde voorschriften dat de bruiklener van de zaak geen ander gebruik mag maken dan de aard van de zaak meebrengt of uit de overeenkomst voortvloeit (artikel 7A:1781 lid 2 BW) en dat hij niet aansprakelijk is voor waardevermindering van de zaak als gevolg van het overeengekomen gebruik (artikel 7A:1784 BW).

Uit dit samenstel van bepalingen volgt dat de bruiklener de zaak bij het einde van de bruikleen in beginsel dient terug te geven in de staat waarin hij deze ontvangen heeft. Is hij daartoe niet in staat, maar heeft hij wel de zorg van een goed huisvader in acht genomen, dan is sprake van een niet-toerekenbare tekortkoming en is hij dus niet aansprakelijk voor slijtage, beschadiging of verlies van de zaak. Uit de wettelij-

ke regeling van bruikleen volgt niet dat aan de verplichting om voor het behoud van de zaak 'als een goed huisvader' te zorgen, hogere eisen moeten worden gesteld dan de eisen die worden gesteld in bijvoorbeeld artikel 6:27 BW (zorgvuldig schuldenaar). Wat de zorgplicht van 'een goed huisvader' inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de inhoud van de overeenkomst, waaronder begrepen het bij de overeenkomst beoogde gebruik van de zaak, de aard van het geleende en eventueel naast de bruikleen tussen partijen bestaande (rechts)betrekkingen, alsmede van de redelijkheid en billijkheid. De door eiser bepleite opvatting omtrent de zwaarte van de zorgplicht van de bruiklener vindt geen steun in het recht. Ook het verwijt dat het hof de zorgplicht afhankelijk oordeelt van de omstandigheden van het geval, mist doel en de klacht over het oordeel van het hof dat eiser met de door hem getroffen maatregelen 'als een goed huisvader' voor de aanhangwagen heeft gezorgd, faalt evenzeer. Dat oordeel geeft, in het licht van het vorenoverwogene, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep.

Literatuur

J. Hoebe, A.L.M. Keirse & M.D. Reijneveld, 'Opteren voor de Netherlands Commercial Court', *Contracteren* 2017, afl. 2

Internationale contracten leiden tot internationale handelsgeschillen. Deze kunnen onder meer worden beslecht bij een commercial court. In Nederland wordt momenteel een Netherlands Commercial Court (NCC) opgericht. Dit introduceert een keuze voor (contract)partijen voor een nieuw forum voor beslecht van internationale handelsgeschillen in de Engelse taal, waarbij de belangen van snelheid, efficiëntie en goede financierbaarheid centraal staan. De auteurs verkennen de positieve aspecten van de NCC en houdt de contractpraktijk de mogelijkheid voor om te opteren voor dit nieuwe forum.

T.H.M. Van Wechem & H.N. Schelhaas, 'Yes or no to no oral modification clauses?', *Contracteren* 2017, afl. 2

Clausules waarin vooraf afspraken worden gemaakt over vormvereisten waaraan toekomstige wijzingen van de gemaakte afspraken moeten voldoen, zogenoemde NOM-clausules, laten zich lastig juridische plaatsen. Wat gaat vóór: de oude afspraak die aangeeft dat een nieuwe afspraak slechts schriftelijk kan worden gemaakt, of de nieuwe mondelinge afspraak waarbij klaarblijkelijk van de oude is afgeweken? In het artikel wordt min of meer aangegeven dat het hiervoor bedoelde 'klaarblijkelijk' het scharnier-element is. Om vast te stellen of partijen een nieuwe afspraak hebben willen maken, dient met precisie naar artikel 3:35 BW te worden gekeken. Volgens de auteurs zal het antwoord op voornoemde vraag afhangen van het 'gerechtvaardigd' vertrouwen dat in de nieuwe situatie al dan niet is opgewekt.

R. Klomp, 'Aandachtspunten opstellen vaststellingsovereenkomst', *ORP* 2017, afl. 5

Wie een einde wil maken aan een bestaand geschil of een bestaande onzekerheid, dan wel wie een geschil of een onzekerheid wil voorkomen, kan een vaststellingsovereenkomst sluiten. In deze bijdrage worden tien aandachtspunten genoemd die bij het opstellen van een vaststellingsovereenkomst van pas kunnen komen.

S. Bakker, 'Uitleg van overeenkomsten sinds *Lundiform/Mexx*', *ORP* 2017, afl. 5

Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de tien belangrijkste, op privaatrechtelijk terrein door de Hoge Raad gewezen uitspraken over contractuitleg sinds het in 2013 gewezen, belangrijke arrest *Lundiform/Mexx* (HR 5 april 2013). Het gegeven overzicht maakt duidelijk dat *Lundiform/Mexx* geen eendags-vlieg is gebleken: waar dit zinvol en mogelijk was, heeft de Hoge Raad ook in nadien gewezen arresten duidelijk gemaakt dat het ook in commerciële contractrelaties onverkort aankomt op de redelijke verwachtingen van partijen over en weer.

C. van den Borne-Verheijen, 'Telefoonabonnement met mobiele telefoon: gratis of niet?', *ORP* 2017, afl. 5

Telefoonabonnementen met gratis toestel zijn volgens de Hoge Raad aan te merken als kredietovereenkomsten en koop op afbetaling.

E.M. Bruggeman, 'De gevolgen van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen voor het consumentenrecht', *TvC* 2017, afl. 3

In dit artikel gaat de auteur in op de vraag wat het Wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen voor de rechtspositie van de consument betekent. Het wetsvoorstel omvat o.a. de invoering van twee nieuwe artikelen en de wijziging van drie andere artikelen in titel 7.12 (Aanneming van werk) van het Burgerlijk Wetboek. De auteur bespreekt de inhoud en achtergrond van die wijzigingen en de gevolgen daarvan voor de rechtspositie van de consument.

J.M. Meindertsma, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', *TvC* 2017, afl. 3

In deze bijdrage worden de hoofdlijnen van de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht besproken. Meer concreet is aandacht voor de vraag hoe deze toets in abstracto moet worden uitgelegd en op welke wijze de kredietwaardigheid van de consument in het concrete geval dient te worden vastgesteld. Van belang is dat deze vragen in zowel de civiele rechtspraak als de literatuur niet op een duidelijke wijze zijn beantwoord. Tegen deze achtergrond beoogt deze bijdrage de hanterbaarheid van de genoemde toets te vergroten.

I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *AA* 2017, afl. 7/8

Recente juridische ontwikkelingen geven blijk van en tendens om niet alleen de consument, maar ook de ondernemer als 'zwakkere' contractpartij steeds meer bescherming te bieden. Deze bijdrage analyseert enkele voorbeelden van deze ontwikkeling.

M. van der Weide, 'Lease en huurkoop onder de nieuwe titel 7.2b (goederenkrediet) van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2017, afl. 7158

In deze bijdrage staan centraal de definitie van goederenkredietovereenkomst neergelegd in titel 7.2c Burgerlijk Wetboek, lease en huurkoop als vormen van goederenkrediet en het verval van artikel 7A:1576n (oud) BW.

H. Boom, 'Klantvergoeding bij beëindiging agentuurovereenkomst? Eerst aannemelijk maken dat de business van de principaal blijvend is uitgebreid', *Bb* 2017, afl. 16

In 2012 introduceerde de Hoge Raad een berekeningsmethode voor de klantvergoeding, waarop de agent bij beëindiging van een agentuurovereenkomst aanspraak kan maken. Uit het recente arrest *Prijsvrij/Corendon* (ECLI:NL:HR:2017:935) blijkt dat de agent, voordat de rechter aan het rekenen mag slaan, eerst over een bewijsrechtelijke horde heen moet: de agent dient aannemelijk te maken dat de principaal door zijn werkzaamheden in relevante mate nieuwe transacties kan verwachten.

J.W.A. Biemans, 'Grenzen aan de uitoefening van een hypotheekrecht – Over de implementatie van art. 28 Richtlijn 2014/17/EU (hypothecair krediet)', *MvV* 2017, afl. 6

Artikel 28 Richtlijn hypothecair krediet is ten dele geïmplementeerd in artikel 7:128 BW dat de uitoefening van het hypotheekrecht in verschillende opzichten begrenst. In deze bijdrage komen de inhoud en strekking van beide bepalingen aan bod.

A.A. Pasaribu, 'Enkele opmerkingen over het karakter van de online betaling en wanneer deze plaatsvindt', *MvV* 2017, afl. 6

In dit artikel behandelt de auteur de vragen of bij het doen van een online 'betaling' ten gunste van een webwinkel sprake is van betaling of inbetalinggeving, en op welk moment de betaling plaatsvindt. Ingegaan wordt op de volgende betaalmethoden: girale betaling,

betalen met iDEAL en betalen met
een creditcard.

G.N. Creijghton
CMS

8 / 10