Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Omvang verplichting tot betaling griffierecht

HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1912

Hoogte griffierecht: betreft de ingestelde vordering een vordering van onbepaalde waarde of met beloop van een bepaald bedrag?

Casus en hoofdoverwegingen
In deze zaak vordert de curator een verklaring voor recht dat ING geen geldig pandrecht heeft op de auteursrechten ten aanzien van de door de gefailleerde ontwikkelde software en dat de verkoopopbrengst van de auteursrechten ten bedrage van € 155 000 daarom niet toekomt aan ING. In reconventie vordert ING een verklaring voor recht dat zij een rechtsgeldig eerste pandrecht heeft verkregen op het auteursrecht van de gefailleerde op door haar ontwikkelde software, en veroordeling van de curator tot afdracht van de verkoopopbrengst van voornoemd auteursrecht. De rechtbank heeft de conventionele vordering van de curator toegewezen en de reconventionele vordering van ING afgewezen. Tegen deze uitspraak heeft ING sprongcassatie ingesteld.

Bij de vaststelling van de hoogte van het griffierecht is de griffier bij de Hoge Raad ervan uitgegaan dat de zaak betrekking heeft op een vordering met een beloop van meer dan € 100 000 en heeft het verschuldigde griffierecht op € 6591 bepaald.

De curator betoogt dat hun vordering een vordering is van onbepaalde waarde, waarvoor een bedrag van € 811 aan griffierecht moet worden geheven. De Hoge Raad overweegt dat op grond van art. 10 lid 1 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) de hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van de vordering in de dagvaarding. De hoogte van het griffierecht wordt volgens art. 3 lid 5 Wgbz bepaald aan de hand van de tabel die als bijlage bij die wet is gevoegd. In die tabel wordt onderscheid gemaakt tussen vorderingen van onbepaalde waarde en vorderingen met een beloop van een bepaald bedrag. Deze regeling is erop gericht het griffierecht, wat de hoogte betreft, te relateren aan de waarde van de vordering en daarmee aan het financiële belang van de zaak. In cassatie brengt het voorgaande mee dat voor de berekening van het griffierecht in een bij procesinleiding aangebrachte cassatiezaak moet worden aangeknoopt bij de waarde van de vordering waarover de rechter tegen wiens uitspraak het beroep in cassatie is gericht, had te beslissen, ook indien niet de betaling van een geldsom is gevorderd. Het cassatieberoep van ING strekt blijkens de procesinleiding tot vernietiging van de uitspraak van de rechtbank, zowel in conventie als in reconventie. Zowel de waarde van de vordering van de curator c.s. in conventie, als de waarde van de vordering van ING in reconventie, bedraagt meer dan € 100 000. Dat brengt mee dat de hoogte van het griffierecht terecht is bepaald naar het tarief geldend voor zaken met betrekking tot een vordering met een beloop van meer dan € 100 000. Het verzet is derhalve ongegrond.

Duiding
In deze verzetprocedure op de voet van art. 29 Wgbz gaat het om de vraag of de griffier bij de Hoge Raad bij het bepalen van de hoogte van het griffierecht had moeten uitgaan van een vordering van onbepaalde waarde of bepaalde waarde.

Bij een vordering van onbepaalde waarde wordt in de regel minder griffierecht geheven dan bij een vordering van bepaalde waarde, zeker daar waar het bijvoorbeeld gaat over een vordering van meer dan € 100 000 zoals in het onderhavige geval.

De rechtbank had in de onderhavige procedure ten aanzien van de vordering in conventie het griffierecht voor een vordering van onbepaalde waarde in rekening gebracht. In reconventie had de rechtbank geen griffierecht geheven (art. 4 lid 2 aanhef en onder b Wgbz). Bij de vaststelling van de hoogte van het griffierecht is de griffier bij de Hoge Raad ervan uitgegaan dat de zaak betrekking heeft op een vordering met een beloop van meer dan € 100 000 en heeft het verschuldigde griffierecht vastgesteld op € 6591, terwijl voor een vordering van onbepaalde waarde een griffierecht van slechts € 811 geldt.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1014) overwogen dat de regeling van het griffierecht erop is gericht dat de hoogte van het griffierecht wordt gerelateerd aan de waarde van de vordering en daarmee aan het financiële belang van de zaak. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat in cassatie moet worden aangeknoopt bij de waarde van de vordering waarover de rechter tegen wiens uitspraak het beroep in cassatie is gericht, had te beslissen, ook indien niet de betaling van een geldsom maar bijvoorbeeld een verklaring voor recht is gevorderd. In de onderhavige procedure herhaalt de Hoge Raad de regel uit zijn arrest van 2 juni 2017 en hanteert deze als maatstaf voor de beoordeling van het verzet.

De advocaat-generaal (ECLI:NL:PHR:2019:1021) merkt in de onderhavige procedure met betrekking tot de uitspraak van 2 juni 2017 terecht op dat de Hoge Raad heeft gebroken met de vaste rechtspraak onder het oude recht waarin de hoogte van het griffierecht werd gerelateerd aan het financiële belang van de zaak, voor zover dat belang tot uitdrukking komt in een tot betaling van een bepaalde geldsom strekkende vordering. Onder het oude recht gold dat wanneer geen betaling van een

geldsom werd gevorderd maar bijvoorbeeld een verklaring voor recht dat een bepaald geldbedrag verschuldigd is, sprake was van een vordering van onbepaalde waarde omdat het niet ging om betaling van dit geldbedrag.

Onder het thans geldende recht is dus niet de formulering van de eis maar het onderliggende financiële belang doorslaggevend voor de vraag welk bedrag aan griffierecht dient te worden geheven. Deze regel is duidelijk, maar in de praktijk lijkt deze niet altijd eenvoudig toepasbaar. In de onderhavige procedure was de rechtbank er immers van uitgegaan dat sprake was van een vordering van onbepaalde waarde, terwijl de Hoge Raad ervan uitging dat er sprake was van een vordering van bepaalde waarde met een beloop van meer dan € 100 000.

Overigens kan er ook sprake zijn van een combinatie/samenloop van vorderingen van bepaalde en onbepaalde waarde. De Hoge Raad heeft daarover in zijn arrest van 2 juni 2017 onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2008/09, 31758, nr. 3, p. 11) beslist dat het griffierecht moet worden begroot op basis van de vordering met een beloop van een bepaald bedrag en dat de hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het totale beloop of de totale waarde van de gecumuleerde vorderingen.

R. van Brakel

Incident tot het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarheid bij voorraad

HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607

Dient aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het tussen partijen gewezen arrest alsnog de voorwaarde te worden verbonden dat ISG zekerheid stelt?

Casus en hoofdoverwegingen
Bij het in cassatie bestreden arrest heeft het hof Natwest veroordeeld tot betaling aan ISG van $ 250 000 met de wettelijke rente daarover vanaf 28 september 1998. Dit arrest is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Natwest vordert op de voet van art. 418a Rv in verbinding met art. 235 Rv dat de Hoge Raad aan de door het hof uitgesproken uitvoerbaarverklaring bij voorraad de voorwaarde verbindt dat ISG adequate zekerheid stelt in de vorm van een bankgarantie ten bedrage van $ 610 000.

Voor de vordering bedoeld in art. 235 Rv, die strekt tot het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een in vorige instantie gegeven beslissing, geldt op overeenkomstige wijze hetgeen is beslist in HR 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:688) voor de vordering om een beslissing die in een vorige instantie is gegeven, alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. In die uitspraak heeft de Hoge Raad overwogen dat indien in vorige instantie een gemotiveerde beslissing is gegeven over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, de incidenteel eiser of verzoeker die wijziging van deze beslissing wenst, aan zijn vordering of verzoek feiten en omstandigheden ten grondslag zal moeten leggen die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken.

De afweging van de belangen van partijen in het kader van een vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad is een andere dan die in het kader van het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Dat brengt mee dat ook indien in vorige instantie wel gemotiveerd is beslist op de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad maar geen gemotiveerde beslissing is gegeven over het verbinden van een voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, op een vordering als bedoeld in art. 235 Rv dient te worden beslist met inachtneming van de uitspraak van 20 maart 2015 en aldus dient er een belangenafweging te worden gemaakt. Bij de afweging van belangen die volgens die maatstaven moet worden gemaakt, zullen mede de gevolgen moeten worden betrokken die de voorwaarde van zekerheidstelling heeft voor degene die de veroordeling verkreeg.

Het hof heeft gemotiveerd beslist op de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad. De mogelijkheid van de voorwaarde van zekerheidstelling is in deze procedure echter niet eerder aan de orde geweest. Daarover heeft het hof dan ook niet gemotiveerd beslist. Op de incidentele vordering dient dus te worden beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015. Gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht overweegt de Hoge Raad dat ervan moet worden uitgegaan dat een aanzienlijk restitutierisico aanwezig is. De Hoge Raad verbindt aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het tussen partijen gewezen arrest van het gerechtshof Den Haag van 25 september 2018 alsnog de voorwaarde dat ISG zekerheid stelt ten bedrage van $ 610 000 in een vorm die aan de eisen van art. 6:51 lid 2 BW voldoet.

Duiding
In deze procedure had het gerechtshof gemotiveerd en positief beslist op de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het door het gerechtshof gewezen arrest. Het gerechtshof had geen gemotiveerde beslissing gegeven over het verbinden van een voorwaarde van zekerheidstelling aan de door het gerechtshof uitgesproken uitvoerbaarverklaring bij voorraad. De voorwaarde van zekerheidstelling was in het geheel niet aan de orde gekomen in hoger beroep.

Op grond van art. 418a jo. 235 Rv verzocht Natwest de Hoge Raad deze voorwaarde wel op te leggen.

In hoger beroep is het mogelijk om – indien een vonnis (van de lagere rechter) uitvoerbaar bij voorraad is verklaard – het gerechtshof te verzoeken dat de tenuitvoerlegging van het vonnis alsnog wordt geschorst (art. 353 Rv).

In een dergelijke situatie is het van belang om vast te stellen of de lagere rechter al dan niet een gemotiveerde beslissing heeft gegeven over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Is dat wel het geval, dan geldt hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 20 maart 2015 heeft overwogen (ECLI:NL:HR:2015:688): dat de incidenteel eiser of verzoeker die wijziging van deze beslissing wenst, aan zijn vordering of verzoek feiten en omstandigheden ten grondslag moeten leggen die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken (HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5012, *NJ* 2008/311, r.o. 3.2.4). In dat geval dienen er dus 'nieuwe' feiten en omstandigheden te worden aangevoerd die rechtvaardigen dat er een ander beslissing wordt gegeven over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

Is er geen gemotiveerde beslissing over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, dan dient er volgens de Hoge Raad – kort gezegd – een belangenafweging plaats te vinden waarbij moet worden nagegaan of op grond van die omstandigheden het belang van degene die de veroordeling verkreeg, zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist. Bij deze afweging moet worden uitgegaan van de bestreden beslissing en van de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen, en blijft de kans van slagen van het tegen die beslissing aangewende rechtsmiddel in beginsel buiten beschouwing.

Zoals gezegd had het gerechtshof in het onderhavige geval wel een gemotiveerde beslissing gegeven over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. ISG had zich tegen het verzoek van Natwest tot stelling van zekerheid verweerd met de stelling dat er geen sprake was van nieuwe feiten en dat de vordering aldus dient te worden afgewezen.

De Hoge Raad overweegt in de onderhavige procedure dat indien in een vorige instantie wel gemotiveerd is beslist op de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad dit nog niet inhoudt dat er ook een gemotiveerde beslissing is gegeven over het verbinden van een voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 6 juli 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1115, *NJ* 2018/319) bepaald dat voor de vordering tot het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een in vorige instantie gegeven beslissing, als bedoeld in art. 235 Rv, op overeenkomstige wijze de maatstaven gelden die zijn genoemd de beschikking van de Hoge Raad van 20 maart 2015. Dat betekent concreet dat voor de vordering ex art. 418a jo. 235 Rv in het onderhavige geval niet nodig is dat er 'nieuwe' feiten en omstandigheden worden aangevoerd, maar dat er een belangenafweging dient plaats te vinden (omdat er nog geen (gemotiveerde) beslissing was over de zekerheidstelling). Gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht overweegt de Hoge Raad dat ervan moet worden uitgegaan dat een aanzienlijk restitutierisico aanwezig is en daarom verbindt de Hoge Raad aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad alsnog de voorwaarde dat zekerheid dient te worden gesteld.

R. van Brakel

LITERATUUR

Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?
A. van der Krans
Bron: Onderneming & Financiering (O&F) 2019, afl. 3
In deze bijdrage bespreekt de auteur de op 19 maart 2019 door de Eerste Kamer aangenomen Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA). Deze wet maakt het eenvoudiger om massaschadegevallen collectief af te wikkelen via de Nederlandse rechter. Naast deze nieuwe wet wordt ingegaan op de huidige regelgeving over massaschadeclaims in art. 3:305a BW en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).

Over litigation funding: relevante praktische en juridische aspecten
W.M. Schonewille
Bron: Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP) 2019, afl. 6, art. 328
Litigation funding is een mogelijke oplossing voor het kostenaspect van procederen. In dit artikel worden de relevante praktische en juridische aspecten die bij litigation funding horen verkend en wordt vooruitgekeken naar de toekomst van litigation funding.

Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief
J.M.L. van Duin
Bron: Tijdschrift voor de Procespraktijk (TvPP) 2019, afl. 5
In deze bijdrage gaat de auteur in op de manier waarop de Nederlandse civiele rechter effectieve rechtsbescherming kan bieden in het licht van het EU-consumentenrecht, vanuit een procesrechtelijk perspectief. Dit wordt gedaan aan de hand van de Europese Richtlijn 'Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', die op 22 juli 2019 door de Europese Commissie is gepubliceerd. De focus ligt op de procedurele sancties die de rechter ter beschikking staan.

R.J.G. van Brakel
CMS

Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Koop van onderneming; dwaling (art. 6:228 BW) en opheffing nadeel door aanpassing koopprijs (art. 6:230 BW)

HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910

Hoe dient het nadeel te worden bepaald van een overeenkomst die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en welke rol speelt art. 6:230 lid 2 BW hierin?

Casus en hoofdoverwegingen
Maetis N.V. verleent arbodiensten aan bedrijven. Op 31 december 2008 heeft Maetis een tweetal ondernemingen – namelijk A B.V. (hierna: A) en AGW B.V. (hierna: AGW) – van verweerders gekocht.

Voorafgaand aan de koop van de aandelen is door Maetis en verweerders een intentieovereenkomst getekend, waarin is vastgelegd dat de koopprijs nader zal worden vastgesteld na het duediligenceonderzoek. Voorts is vastgelegd dat de koopprijs wordt berekend op basis van een multiplier op de verwachte Earnings Before Interest and Tax (EBIT) 2008, op basis van het uitgangspunt dat de EBIT 'sustainable' is.

In het kader van het duediligenceonderzoek hebben verweerders aan Maetis opgave gedaan van klanten die hun lopende contract hebben opgezegd. In de loop van 2009 – na overdracht van de aandelen – blijkt echter dat de financiële situatie van A en AGW niet juist is weergegeven; er blijken aanzienlijk meer opzeggingen te zijn dan was opgegeven door verweerders.

Maetis vordert in dit geding primair een verklaring voor recht dat zij heeft gedwaald bij de totstandkoming van de koopovereenkomst en opheffing van het nadeel dat zij door die dwaling heeft geleden door aanpassing van de koopprijs.

De rechtbank wijst de vorderingen af. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en overweegt dat sprake is van dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 BW. Het nadeel kan naar het oordeel van het hof echter niet worden berekend door aanpassing van de EBIT 2008, daar de EBIT is bepaald op basis van de daadwerkelijke resultaten van 2008, en daarmee correct is. Het door de dwaling veroorzaakte nadeel komt immers pas in de resultaten van 2009 tot uiting. Een verlaging van de multiplier is voor het hof evenmin een passende berekening van het dwalingsnadeel, nu de multiplier volgens de koopovereenkomst een vast getal is, het resultaat is van onderhandelingen tussen partijen en geen relatie heeft met de omzet van AGW en A. Het hof heeft in de stellingen van Maetis voorts geen concrete aanknopingspunten gevonden de door haar geleden schade op een andere wijze te begroten (r.o. 3.11).

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof, daar het hof nu juist op het door Maetis aangevoerde art. 6:230 lid 2 BW de overeenkomst – dus de EBIT of de multiplier – had kunnen wijzigen, ter opheffing van het nadeel dat is ontstaan door dwaling. Daarnaast heeft het hof de stelling van Maetis dat zij bij een juiste voorstelling van zaken een lagere koopprijs zou zijn overeengekomen, niet verworpen. Nu de berekening van de lagere koopprijs niet geschikt was volgens het hof, had het hof het nadeel zelf moeten vaststellen of schatten.

Duiding
Een overeenkomst die is gesloten onder invloed van dwaling is, indien wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 6:228 BW, vernietigbaar. De vernietiging van een overeenkomst kan voor partijen verstrekkende gevolgen hebben, met name als door partijen al is gepresteerd. Ook als vernietiging niet tot praktische problemen leidt, is het denkbaar dat een partij helemaal niet van de overeenkomst af wil. In dergelijke gevallen kan art. 6:230 BW uitkomst bieden.

Op grond van het eerste lid van art. 6:230 BW kan de wederpartij van de dwalende vernietiging voorkomen door (tijdig) een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel in voldoende mate opheft. Op grond van het tweede lid van art. 6:230 BW kan de rechter, op verzoek van een der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen. In deze zaak verzoekt Maetis de rechter de overeenkomst te wijzigen op grond van art. 6:230 lid 2 BW, ter opheffing van het nadeel dat Maetis ten gevolge van de dwaling heeft ondervonden.

Advocaat-generaal Hartlief is van mening dat de rechter, bij de beoordeling of vanwege de vastgestelde dwaling nadeel is geleden dat zich tot opheffing leent, mede vanwege de hiervoor noodzakelijke waardering van feiten en omstandigheden, een zekere ruimte heeft.

'Bestaat de dwaling hieruit dat het object van de overeenkomst een eigenschap mist die de dwalende partij(en) wel aanwezig veronderstelde(n), dan kan deze eigenschap in sommige gevallen alsnog worden toegevoegd en de dwaling aldus worden opgeheven. De dwalende wordt dan alsnog in de positie gebracht waarin hij meende te verkeren. In veel dwalingsgevallen zal aanpassing van de prestatie echter niet mogelijk zijn en ligt aanpassing van de koopprijs ter opheffing van het nadeel voor de hand.'[1]

Voor de vraag op welke wijze het nadeel dient te worden opgeheven, kan worden aangesloten bij de in de literatuur meergenoemde methode om een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijk door partijen gesloten

1. Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:680, bij HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, rnr. 3.5 en 3.6.

overeenkomst en de 'hypothetische overeenkomst', de overeenkomst die partijen bij een juiste voorstelling van zaken zouden hebben gesloten.[2] Eenzelfde formule voor de berekening van *schade* is recent door de Hoge Raad gegeven in een zaak waarin een koper van een woning uitgaat van een groter woonoppervlak op basis van door de verkoopmakelaar verstrekte gegevens.[3]

De vergelijking tussen de 'daadwerkelijk gesloten overeenkomst' en de 'hypothetische overeenkomst' biedt de rechter een leidraad om de schade vast te stellen dan wel te schatten en daarmee een zo goed mogelijk evenwicht tussen partijen tot stand te brengen. De Hoge Raad bevestigt in dit arrest niet alleen de bevoegdheid maar (in casu) ook de plicht van de rechter om de schade – zo nodig na onderzoek of hulp van een deskundige – vast te stellen en zo nodig te schatten.

A. Zwart

Drinkwaterbedrijf en consument. Contractenrecht en consumentenrecht. Art. 7:7 lid 2 BW (oud en nieuw). Prejudiciële vragen

HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730

Is tussen consument en drinkwaterbedrijf een overeenkomst tot stand gekomen of is sprake van ongevraagde levering van drinkwater?

Casus en hoofdoverwegingen
Waternet – eiseres in cassatie – is een drinkwaterbedrijf dat krachtens de Drinkwaterwet exclusief is belast met het leveren van drinkwater in Amsterdam. Verweerder in cassatie bewoont sinds september 2012 een woning in Amsterdam. Toen hij de woning betrok heeft hij zich niet bij Waternet gemeld als nieuwe bewoner. De vorige bewoner had zich niet afgemeld bij Waternet en heeft tot 1 januari 2014 de facturen betaald. Op 12 november 2014 heeft Waternet een 'welkombrief' aan verweerder gestuurd. Vanaf 18 november 2014 stuurde Waternet facturen voor de levering van drinkwater vanaf 1 januari 2014. Verweerder heeft de facturen niet voldaan. Waternet vordert betaling van de openstaande facturen. Verweerder beroept zich op het feit dat hij geen overeenkomst met Waternet heeft gesloten en dat Waternet ongevraagd drinkwater aan hem heeft geleverd.

De kantonrechter wijst de vordering van Waternet tot betaling van het geleverde drinkwater af. Volgens de kantonrechter was sprake van ongevraagde levering van drinkwater als bedoeld in art. 7:7 lid 2 BW daar verweerder geen handeling heeft verricht waardoor Waternet er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat verweerder het aanbod tot levering van drinkwater had aanvaard. Het hof bevestigt de uitspraak van de kantonrechter. Waternet gaat hierop in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt (voorlopig) dat de handelspraktijk van Waternet het economisch belang van de gemiddelde consument niet rechtstreeks schaadt en zijn vrijheid van handelen met betrekking tot het afnemen van water niet beperkt. Nu er in Nederland geen sprake is van marktwerking of mededinging op het gebied van drinkwater, worden ook geen belangen van concurrenten van Waternet geschaad. 'Zo bezien kan in redelijkheid worden gezegd dat geen sprake is van een handelspraktijk die de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken naar haar strekking beoogt te verbieden.'

De Hoge Raad formuleert prejudiciële vragen en legt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor of (i) in de omstandigheden van dit geval sprake is van een ongevraagde levering van drinkwater zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en (ii) art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten, in verbinding met art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken eraan in de weg staan dat in de gegeven omstandigheden een overeenkomst tot stand komt tussen een consument en het drinkwaterbedrijf.

Duiding
Art. 7:7 lid 2 (oud) BW stond niet toe dat aan een consument een niet door hem bestelde zaak werd toegezonden, met het verzoek tot betaling van een prijs, teruggzending of bewaring. Indien desalniettemin een zaak werd toegezonden, was de consument bevoegd de zaak te behouden om niet. Art. 7:7 lid 2 (oud) BW vormde de implementatie van art. 9 Richtlijn koop op afstand,[4] zoals gewijzigd door art. 15 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,[5] en moet dan ook richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Bij de implementatie van de Richtlijn koop op afstand in art. 7:7 lid 2 (oud) BW is de Nederlandse wetgever ervan uitgegaan dat laatstgenoemde bepaling ook van toepassing was op door leidingen naar de verbruiker aangevoerd water.[6]

Met de inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,[7] is art. 9 Richtlijn koop op afstand gewijzigd. Krachtens art. 15 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt in de Richtlijn koop op afstand en in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken hetzelfde begrip 'niet-gevraagde levering' gehanteerd.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft tot doel de wetgeving van de lidstaten te harmoniseren ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en

2. Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:228 BW, aant. 2 en A.C. van Schaik, 'De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW', *WPNR* 2003/6550.
3. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269.
4. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26861, nr. 3, p. 11-12.
5. *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 10, p. 3.
6. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26861, nr. 3, p. 15.
7. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

aldus de economische belangen van legitieme concurrenten indirect schaden.

In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een verbod op oneerlijke handelspraktijken opgenomen (art. 5 lid 1). Art. 5 lid 2 bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is wanneer zij (a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en (b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die misleidend zijn in de zin van art. 6 en 7, of agressief zijn in de zin van art. 8 en 9 (art. 5 lid 4).

Bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd (art. 5 lid 5). De in deze bijlage vermelde handelspraktijken worden als oneerlijk beschouwd zonder dat zij moeten worden onderworpen aan een individuele toetsing aan het bepaalde in art. 5-9 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Onder het kopje 'agressieve handelspraktijken' staat in punt 29 van deze bijlage vermeld het vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd.

Voor een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:7 lid 2 (oud) BW moet worden nagegaan of sprake is van een niet-gevraagde levering in de zin van art. 9 Richtlijn koop op afstand en daarmee of sprake is van een verboden niet-gevraagde levering in de zin van art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

Voor zover de vordering van Waternet ziet op de levering van drinkwater in de periode met ingang van 13 juni 2014, is het huidige art. 7:7 lid 2 BW van toepassing en ontstaat geen verplichting tot betaling voor een consument bij de ongevraagde levering van onder meer zaken, financiële producten, water, gas, elektriciteit en stadsverwarming; het uitblijven van een reactie van de consument op de ongevraagde levering of verstrekking wordt niet als aanvaarding aangemerkt. In dergelijke gevallen komt geen overeenkomst tot stand en ontstaat geen betalingsverplichting, ook niet op een andere rechtsgrond dan een overeenkomst.[8]

Het huidige art. 7:7 lid 2 BW vormt de implementatie van art. 27 Richtlijn consumentenrechten en moet dan ook richtlijnconform worden geïnterpreteerd. De richtlijnconforme interpretatie van art. 7:7 lid 2 BW vergt dat bij de toepassing van deze bepaling wordt nagegaan of sprake is van een ongevraagde levering in de zin van art. 27 Richtlijn consumentenrechten en daarmee eveneens of sprake is van een verboden niet-gevraagde levering in de zin van art. 5 en punt 29 van bijlage I Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

Alhoewel naar de letter van de wet – en richtlijn – sprake lijkt te zijn van een ongevraagde levering van drinkwater, kan de wijze waarop de openbare drinkwatervoorziening in Nederland wettelijk is geregeld en de in Nederland gangbare praktijk rond het afnemen van drinkwater door consumenten en de overige omstandigheden van het geval, meebrengen dat twijfel bestaat over de vraag of sprake is van ongevraagde levering in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De Hoge Raad komt immers tot een voorlopig oordeel dat de levering van drinkwater aan verweerder niet in strijd is met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het Hof van Justitie van de Europese Unie zal hierover naar verwachting meer duidelijkheid geven.

A. Zwart

LITERATUUR

De mededelingsplicht bij dwaling omtrent financiële producten of diensten en de verhouding tot de waarschuwingsplicht
P.J. Tanja
Bron: Bedrijfsjuridische berichten (Bb) 2019, afl. 22, art. 71
In deze bijdrage schetst de auteur op hoofdlijnen het kader voor de mededelingsplicht bij dwaling. Daarnaast wordt ingegaan op de mededelingsplicht in de context van een overeenkomst voor een financieel product of een financiële dienst tussen een professionele aanbieder en de klant, alsmede op de verhouding tussen de mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 BW enerzijds en de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht anderzijds. Drie recente arresten worden besproken waarin de Hoge Raad het leerstuk van dwaling in de context van renteswaps behandelt.

Geen gelijkheid van schuldenaren, wel gelijkheid van schade
C.E.J.M. Hanegraaf
Bron: Bedrijfsjuridische berichten (Bb) 2019, afl. 22, art. 72
In deze bijdrage gaat de auteur in op de rechtmatigheid van dividenduitkeringen naar aanleiding van twee arresten (ECLI:NL:GHARL:2018:215 en ECLI:NL:HR:2019:638). De begrippen hoofdelijkheid en regres én onrechtmatige daad en schade worden nader toegelicht in het kader van de dividenduitkering.

Grenzen aan exonereren voor aansprakelijkheid
K.A.W.M. Schuurmans & J. Verboon
Bron: Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk (ORP) 2019, afl. 8
In dit artikel gaan de auteurs in op de vraag waaraan een goede exoneratieclausule in een overeenkomst moet voldoen om er zeker van te zijn dat deze bij een rechterlijke toets niet al strandt. De nadruk ligt daarbij op de begrenzing van opzet en bewuste roekeloosheid en de

8. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 58.

(on)mogelijkheid te exonereren van schade als gevolg van het handelen van leidinggevenden.

A. Zwart
CMS
