

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Is een voorwaardelijk wrakingsverzoek mogelijk?

HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:155

Casus en hoofdoverwegingen

Vader verzoekt Enver te gelasten informatie over zijn zoon aan hem te verstrekken. In hoger beroep vraakt vader raadsheren van het hof. De wrakingskamer van het hof verklaart vader niet-ontvankelijk in zijn verzoek, omdat dit niet door tussenkomst van een advocaat is gedaan en vader dit verzuim niet had hersteld, ondanks dat hij daartoe gelegenheid had gekregen. Vervolgens doet vader het volgende verzoek aan het hof: '(...) de procedure te verwijzen naar een ander Hof, (...) Mocht de procedure niet verwezen worden, dan zal ik (3) het Hof wraken.' Het hof wijst het verwijzingsverzoek af en beslist op het informatieverzoek. Vader klaagt dat zijn wrakingsverzoek niet is behandeld. Het hof oordeelt vervolgens dat vader niet ontvankelijk is in zijn wrakingsverzoek, omdat dit niet door tussenkomst van een advocaat is gedaan. Vader krijgt geen mogelijkheid dit verzuim te herstellen, omdat hij met dit vereiste bekend mocht zijn gezien zijn eerdere wrakingsverzoek.

De Hoge Raad oordeelt dat het verzoek van vader kwalificeert als een wrakingsverzoek, onder de voorwaarde dat het verwijzingsverzoek zou worden afgewezen. In het belang van de rechtsontwikkeling bespreekt de Hoge Raad of een dergelijk voorwaardelijk wrakingsverzoek mogelijk is; Een rechtelijkere beslissing als zodanig kan geen grond vormen voor wraking. Een wrakingsverzoek kan dus niet met succes worden gedaan op de grond dat een door die rechter nog te nemen beslissing een bepaalde inhoud heeft. Afwijzing door het hof van het verwijzingsverzoek van vader kan dus geen grond voor wraking zijn. Dit betekent niet dat het wrakingsverzoek van vader niet afhankelijk kan worden gesteld van een afwijzende beslissing op zijn verwijzingsverzoek, indien dat wrakingsverzoek zelf op een andere grond berust dan op de inhoud van de nog te nemen beslissing op het verwijzingsverzoek. Dat is hier aan de orde; Vader heeft zijn (primaire) verwijzingsverzoek en zijn (subsidiare) wrakingsverzoek gebaseerd op de stelling dat de handelende raadsheren van het hof naar zijn mening niet (meer) onpartijdig waren omdat zij al in eerdere procedures van hem over zijn zoon waren betrokken.

Het hof was bevoegd zelf te oordelen over het verwijzingsverzoek. Nadat het hof het verwijzingsverzoek had afgewezen, was de behandeling van het informatieverzoek geschorst op grond van artikel 37 lid 5 Rv en had het hof het wrakingsverzoek ter behandeling en beslissing aan de wrakingskamer moeten doorsturen.

Bovendien had het hof vader de gelegenheid moeten bieden om zijn verzuim te herstellen op grond van artikel 362 Rv jo. artikel 281 lid 1 Rv.

Duiding

In onderhavig arrest staat de vraag centraal of een voorwaardelijk wrakingsverzoek mogelijk is. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelt de mogelijkheid van voorwaardelijke wraking in ieder geval niet. Ook procureur-generaal Langemeijer schrijft in zijn conclusie dat hij weinig informatie heeft gevonden over de vraag of een verzoek tot wraking voorwaardelijk kan worden gedaan.

De Hoge Raad start met de overweging dat een rechterlijke beslissing als zodanig geen grond voor wraking kan zijn. De Hoge Raad maakt hierbij een verwijzing naar een beslissing van de strafkamer uit 2018; Hierin was reeds bepaald dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken meebrengt dat rechterlijke (tussen)beslissingen als zodanig nimmer een grond kan vormen voor wraking; wraking is geen verkapt rechtsmiddel. Ook is hierin bepaald dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken zich ertegen verzet dat de motivering van een (tussen)beslissing grond kan zijn voor wraking, ook indien het zou gaan om een door de wrakingskamer onjuist, onbegrijpelijk, gebrekkig of te summier geachte motivering of om het ontbreken van de motivering. Dit is uitsluitend anders indien motivering van de (tussen)beslissing in het licht van alle omstandigheden van het geval en naar objectieve maatstaven gemeten niet anders kan worden verstaan dan als blijk van vooringenomenheid van rechter die haar heeft gegeven. Artikel 36 Rv bepaalt immers dat elk van de rechters die een zaak behandelen, op verzoek van een partij kan worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden.

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat een voorwaardelijk wrakingsverzoek wel mogelijk is, mits het wrakingsverzoek op een andere grond berust dan de inhoud van de nog te nemen beslissing die de voorwaarde van het wrakingsverzoek vormt. In onderhavig geval heeft vader zijn (primaire) verwijzingsverzoek en zijn (subsidiare) wrakingsverzoek gebaseerd op de stelling dat de handelende raadsheren van het hof naar zijn mening niet (meer) onpartijdig waren, omdat zij al in eerdere procedures van hem over zijn zoon waren betrokken. Hij wil dus primair dat de zaak naar een ander hof wordt verwezen, omdat er sprake is van partijdigheid en subsidiair, als verwijzing niet plaatsvindt, vraakt hij het hof. Met andere woorden, vader baseert zijn wrakingsverzoek dus niet op de beantwoording van de vraag of de zaak al dan niet verwezen wordt. Dit betekent dus dat in onderhavig geval het voorwaardelijke wrakingsverzoek gewoon mogelijk is.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad nog dat vader (ook bij zijn tweede wrakingsverzoek) op grond van artikel 263 jo. artikel 281 lid 1 Rv een herstelmogelijkheid geboden dient te worden nu het verzoek niet door een advocaat is getekend (formeel verzuim). De Hoge Raad onderbouwt dit oordeel met een verwijzing naar een beschikking uit 2015. Daarin was reeds geoordeeld dat een verzoeker, die een wrakingsverzoek indient zonder tussenkomst van advocaat, de mogelijkheid moet krijgen om dit verzuim te herstellen ex artikel 263 jo. artikel 281 lid 1 Rv, (mede) in het licht van artikel 6 EVRM. Dit leidt ertoe dat het rechtsmiddelenverbod ex artikel 39 lid 5 Rv is doorbroken en het cassatieberoep tegen de beslissing van de wrakingskamer ontvankelijk is. Nu de zaak echter in de hoofdprocedure door een ander hof verder zal worden behandeld, leidt het gegrond bevinden van de klacht van vader dat hij geen herstelmogelijkheid heeft gehad niet tot cassatie.

M. Tak

Reikwijdte van de bevoegdheid van de appelrechter bij tussentijds hoger beroep tegen tussenvonnis

HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61

Wat is de reikwijdte van de bevoegdheid van de appelrechter om de zaak na vernietiging van een tussenvonnis zelf af te doen?

Casus en hoofdoverwegingen

In onderhavig geval werd een gebruiksrecht van een vliegtuig verkocht. Advocaat van verkoper, verbonden aan Banning, gaf instructies voor betaling van de koopprijs. De koopprijs werd op basis van de verkregen instructies van de advocaat niet aan verkopers maar aan een vennootschap die aan verkopers is gelieerd, betaald. Uiteindelijk gingen de verkopers failliet en bood de gelieerde partij aan verkoper geen verhaal. De gelieerde partij ging ook failliet.

De curator van verkopers spreekt Banning aan en stelt Banning aansprakelijk voor de schade die verkopers en haar gezamenlijk schuldeisers hebben geleden. De rechtbank overweegt in een tussenvonnis dat Banning aansprakelijk is voor de schade die verkopers en haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleden. Er vindt tussentijds appel plaats tegen dit tussenvonnis. Het hof oordeelt dat Banning niet aansprakelijk is voor de schade die verkoper en zijn gezamenlijke schuldeisers hebben geleden. Het hof wijst de vordering van de curatoren af.

Bij de Hoge Raad staat centraal zowel (I) de maatstaf van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat als (II) de vraag wat de reikwijdte is van de bevoegdheid van de appelrechter om de zaak na vernietiging van een tussenvonnis zelf af te doen. In deze jurisprudentiebewerking ga ik alleen op onderdeel II (nader) in; op grond van art. 356 Rv kan de rechter in hoger beroep, wanneer hij een tussenvonnis vernietigt, de zaak aan zich houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen.

De curatoren klagen in cassatie dat het hof de zaak had moeten terugverwijzen naar de rechtbank, althans de curatoren in de gelegenheid had moeten stellen zich in hoger beroep nader uit te laten over het beroep van de betreffende advocaat op zijn verschoningsrecht. Deze klacht faalt. De Hoge Raad oordeelt dat de appelrechter in hoger beroep, wanneer hij een tussenvonnis vernietigt, de zaak aan zich kan houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen. De appelrechter mag zelf weten of hij al dan niet gebruik maakt van deze bevoegdheid.

De Hoge Raad oordeelt verder dat de bevoegdheid van de appelrechter om, wanneer hij een tussenvonnis vernietigt, de zaak zelf af te doen wel wordt begrensd door de eisen van een goede procesorde en in het bijzonder door het beginsel van hoor en wederhoor. Daarbij is het uitgangspunt dat partijen rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de appelrechter gebruik zal maken van bedoelde bevoegdheid en dat zij, voor zover de rechtsstrijd in hoger beroep daartoe aanleiding geeft, hun stellingen op het gebruik van die mogelijkheid dienen af te stemmen. Partijen mogen er in beginsel niet op rekenen daartoe nog bij afzonderlijke beslissing in de gelegenheid te worden gesteld.

Deze bevoegdheid van de appelrechter wordt niet begrensd door de keuzevrijheid van de geïntimeerde om ofwel ook zelf dadelijk hoger beroep in te stellen, ofwel daarmee te wachten totdat een later tussen- of eindvonnis is gewezen. Partijen dienen bij de afweging om niet direct incidenteel hoger beroep in te stellen dus rekening te houden met de mogelijkheid dat de appelrechter gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om na vernietiging van een tussenvonnis de zaak zelf af te doen.

Kortom, het hof was dus bevoegd in onderhavig geval de zaak aan zich te houden en zelf af te doen.

Duiding

In onderhavig geval heeft Banning tussentijds hoger beroep ingesteld tegen het tussenvonnis van de rechtbank, waarin is geoordeeld dat zij aansprakelijk is. De curatoren hadden incidenteel kunnen appelleren (tegen alle voor hen negatieve tussenuitspraken, waaronder bijv. de toewijzende beslissing van de rechter-commissaris over een beroep over het verschoningsrecht).

De curatoren hebben er in onderhavig geval voor gekozen om dit niet te doen. Het hof besloot om op grond van artikel 356 Rv de zaak zelf af te doen, zonder de zaak naar de rechtbank terug te wijzen. Dit betekent dat het hof – gelet op de devolutieve werking – de juistheid van het tussenvonnis van de rechtbank heeft beoordeeld, terwijl curatoren nu niet (meer) de mogelijkheid hadden om op te komen tegen (de voor hen) ongunstige c.q. negatieve beslissingen.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof op grond van artikel 356 Rv de zaak aan zich mocht houden, zelf mocht afdoen en daarbij in het kader van de devolutieve werking bijv. het door de rechtbank gehonoreerde beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht mocht herbeoordelen.

Dit oordeel van de Hoge Raad is in lijn met de conclusie van procureur-generaal Vlas. Vlas overweegt immers (ook) dat de beslissing van het hof om de zaak op de voet van artikel 356 Rv zich aan te trekken, is overgelaten aan het beleid van het hof en zich niet leent voor toetsing in cassatie. Het hof heeft volgens Vlas terecht overwogen dat de devolutieve werking van het appel meebrengt dat moet worden beoordeeld of de rechtbank bijv. het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht heeft toegewezen. Uit art. 356 Rv volgt dat het hof het gehele geschil zelf kan afdoen.

Met haar oordeel maakt de Hoge Raad duidelijk dat van geïntimeerden wordt verwacht dat zij op de mogelijkheid dat de appelrechter de zaak aan zich houdt en zelf af kan doen, dienen te anticiperen door zelf incidenteel appel in te stellen tegen het betreffende (tussen)vonnis of hier in ieder geval rekening mee dienen te houden in de memorie van antwoord, voor zover zij hier uiteraard behoefte aan hebben.

M. Tak

LITERATUUR

NCA en NCCA van start

Mr. W. Heemskerk

Bron: *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk (MP)* 2019, afl. 5-6

In deze bijdrage geeft de auteur een korte schets van de achtergrond en het doel van de NCC(A) en worden de kernpunten uit de bijbehorende wetgeving uitgelicht. Ook worden enkele relevante cijfers genoemd.

Aanpassing griffierechten: een goed idee, maar niet zo

Mr. J.M. Veldhuis

Bron: *Beslag, Executie & Rechtsvordering in de praktijk* 2020, afl. 2

In deze column besteedt de auteur aandacht aan het feit dat de Minister van Rechtsbescherming het procederen bij de kantonrechter goedkoper wil maken.

De curator die wil procederen: bezint eer ge begint

Mr. B.J. Tideman

Bron: *Tijdschrift Financiering, Zekerheden & Insolventierechtpraktijk* 2020, afl. 1

In dit artikel reageert de auteur op het artikel van Frima en De Bos ('Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', *FIP* 2019/258) over een zorgvuldigere beoordeling door de rechter-commissaris van het machtigingsverzoek van de curator. In dit artikel stellen Frima en De Bos voor om een standaardformulier verzoek procederen in te stellen en pleiten ze ervoor om artikel 68 lid 3 Fw aan te passen, in die zin dat de belanghebbenden door de rechter-commissaris dienen te worden gehoord, alvorens te beslissen op een verzoek om een machtiging tot procederen te verlenen.

M. Tak
CMS

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Tulpenbollenfraude: de zorgplicht van de financieel dienstverlener

HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28

Financiële ondernemingen dienen, vanwege hun maatschappelijke functie, een (bijzondere) zorgplicht jegens niet deskundige klanten in acht te nemen. Centraal in deze zaak staat daarom de vraag of Deutsche Bank, althans haar rechtsvoorganger HBU, aansprakelijk is jegens haar cliënten die na tussenkomst van HBU zijn gaan beleggen in tulpenbollen, maar daarbij, in verband met onregelmatigheden dan wel fraude, hun volledige inleg hebben verloren. Bestaat er een causaal verband tussen het verwijt aan de bank voor het beleggingsadvies en de geleden schade? De Hoge Raad geeft op deze vraag antwoord en maakt tevens een vergelijking met de uitspraken *Safe Haven* en *Ponzi-zwendel* (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*) & HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (*Ponzi*)).

Casus en hoofdoverwegingen

In onderhavige casus had een consument zijn onderneming verkocht en is hij met de opbrengst daarvan gaan beleggen op basis van vermogensbeheer bij HBU. In dat kader is de consument ook gewezen op de mogelijkheid om te beleggen in Novacap Floralis Termijnfonds 2004 (hierna: '**het Fonds**'). Het Fonds belegde in termijntransacties in bollen van nieuwe tulpenrassen. Volgens HBU zou de investering in het Fonds een hoog rendement en een laag risico hebben. HBU heeft vervolgens aan de consument een prospectus en brochure van het Fonds toegestuurd, als ook een inschrijfformulier voor een informatiebijeenkomst. De consument is daarop ingegaan. Hij heeft na het bijwonen van de informatiebijeenkomst in juni 2003 voor ruim drie ton participaties gekocht in het Fonds. Het Fonds is vervolgens in december 2006 in staat van faillissement verklaard. Als gevolg van het faillissement werden de beleggingen waardeeloos. HBU is in 2013 aansprakelijk gesteld door de erven van de consument.

Het hof heeft overwogen dat de consument zijn beslissing om in het Fonds te beleggen, heeft gebaseerd op het voorstel van HBU, het voorlichtingsmateriaal dat hij via HBU heeft ontvangen en de voorlichtingsbijeenkomst die hij heeft bezocht (waar HBU was vertegenwoordigd). Daarom moet volgens het hof ervan worden uitgegaan dat een causaal verband bestaat tussen het handelen van HBU en de deelneming in het Fonds. Met deze overwegingen heeft het hof, volgens de Hoge Raad, echter miskend dat voor aansprakelijkheid voor schade in een geval als het onderhavige is vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de door het hof aangenomen schending van de zorgplicht en de schade. Het oordeel van het hof houdt niet in dat het de genoemde gedragingen van HBU als schendingen van de zorgplicht heeft aangemerkt. Het hof heeft HBU alleen verweten dat zij de consument niet erop had gewezen dat zij geen eigen oordeel had over het prospectus en

daarmee bij de consument de indruk had gewekt dat zij achter het Fonds stond. De Hoge Raad oordeelt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, op grond van gedragingen met betrekking waartoe het hof HBU géén verwijt heeft gemaakt, het *condicio sine qua non*-verband met de door de consument geleden schade aan te nemen.

Duiding

Al geruime tijd bestaat er groeiende aandacht voor controle op banken en andere financiële dienstverleners. De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener is derhalve in belangrijke mate ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad (I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdinck, J. van Heusden, I. Bij de Vaate & R. Kuiper, *Wetenschappelijk Bijdragen; Bundel ter gelegenheid van het 35-jarige bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014). Toch zijn deze uitspraken, zoals bijvoorbeeld het *Safe Haven*-arrest en het *Ponzi*-arrest, niet altijd voldoende gebleken in de praktijk. Tel daarbij op dat producten veelal ingewikkelder en risicovoller zijn geworden en dat optimistische verwachtingen wat betreft resultaten niet altijd even realistisch zijn, waardoor de behoefte aan bescherming van consumenten nog altijd een rol speelt. Met het oog op het maatschappelijk belang is het aldus relevant om deze uitspraak van de Hoge Raad toe te lichten.

De zorgplicht van een financieel dienstverlener houdt doorgaans op waar de eigen verantwoordelijkheid van de belegger begint (S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006). Een bank kent echter een verstrekken zorgplicht omdat de bancaire zorgplicht veelal verband houdt met het verschil in deskundigheid en ervaring tussen de bank en de belegger. De belegger uit daarbij zijn vertrouwen door een aan hem gegeven beleggingsadvies op te volgen of het beheer van zijn effectenportefeuille aan de bank over te laten (R.P.J.L. Tjittes & M.A. Blom, *Bank & aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1996). De zorgplicht strekt er toe de cliënt van de bank te beschermen tegen het gevaar van gebrek en kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. De aansprakelijkheid van de bank zal in de regel voortvloeien uit een door de bank toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar contractuele verbintenis. Onder omstandigheden kan de aansprakelijkheid van de bank ook voortvloeien uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft in meerdere uitspraken de bijzondere zorgplicht uitgebreid tot aan de precontractuele fase en lijkt daarbij de zorgplicht af te leiden uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid, zodat de schending van de zorgplicht kan leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als aan de overige vereisten daarvan is voldaan (Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*T./Dexia*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/B.*), HR 5 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*)).

Een bank heeft aldus in het maatschappelijk verkeer een bijzondere zorgplicht als een bij uitstek deskundig en professioneel financieel dienstverlener. De reikwijdte

van deze zorgplicht is echter steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. HBU had in onderhavige casus de indruk gewekt dat zij op enige manier met het Fonds verbonden was. Het behoort echter tot de zorgplicht van HBU om haar positie te verduidelijken door aan de beleggers duidelijk te maken dat zij geen onderzoek naar het Fonds had gedaan en dat zij dus ook geen oordeel had over de overgelegde prospectus en brochure.

De Hoge Raad komt in cassatie tot het oordeel dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, op grond van gedragingen met betrekking waartoe het hof HBU geen verwijt heeft gemaakt, het *condicio sine qua non*-verband met de door de consument geleden schade aan te nemen. Het hof heeft op deze manier ten onrechte betekenis toegekend aan verwijten van de consument aan HBU, die betrekking hebben op het tijdvak nadat de consument zijn participaties had verkregen, terwijl het hof geen tekortkoming heeft aangenomen die zien op dat tijdvlak. De Hoge Raad stelt dat het hof deze (chronologisch latere) verwijten niet alsnog als factor ten laste van HBU mocht meewegen voor een ruime toerekening van de schade in het kader van artikel 6:98 BW. Het *condicio sine qua non*-verband en het toerekeningsverband tussen het door het hof aan HBU verweten gedraging en de schade dienen opnieuw te worden onderzocht. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam en verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

L. Meijer

JURISPRUDENTIE

Tulpenbollenfraude: verjaring

HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20

Deze zaak betreft een procedure waarin een consument HBU aansprakelijk heeft gesteld voor de schade die hij heeft geleden. De consument heeft schade geleden doordat het fonds, waarin de consument na tussenkomst van HBU heeft geïnvesteerd, failliet is gegaan. In cassatie gaat het om de vraag of het hof op goede gronden heeft geoordeeld dat de vorderingen van de consument zijn verjaard. De verjaring en artikel 24 Rv staan centraal in deze zaak.

Casus en hoofdoverwegingen

In onderhavige casus had een consument zijn onderneming verkocht en is hij met de opbrengst gaan beleggen op basis van vermogensbeheer bij HBU. In dat kader is de consument ook gewezen op de mogelijkheid om te beleggen in Novacap Floralis Termijnfonds 2004 (hierna: '**het Fonds**'). Het Fonds belegde in termijntransacties in bollen van nieuwe tulpenrassen. Volgens HBU zou de investering in het Fonds een hoog rendement en een laag risico hebben. HBU heeft vervolgens aan de consument een prospectus en brochure van het Fonds toegestuurd, als ook een inschrijfformulier voor een informatiebijeenkomst. De consument is daarop ingegaan. Hij heeft na het bijwonen van de informatiebijeenkomst in juni 2003 voor ruim drie ton participaties gekocht in het

Fonds. Het Fonds is vervolgens in december 2006 in staat van faillissement verklaard. Als gevolg van het faillissement werden de beleggingen waardeloos. HBU is in 2013 aansprakelijk gesteld door de erven van de consument.

In eerste aanleg hield de rechtbank voor mogelijk dat het beroep van HBU op verjaring zou moeten slagen, maar heeft uiteindelijk het beroep op de inhoudelijke gronden afgewezen. Het hof is juist niet aan de inhoudelijke beoordeling toegekomen omdat het hof het beroep van HBU op verjaring heeft gehonoreerd. Het hof honoreert het verjaringsberoep door de bekendheid met de schade te koppelen aan het moment waarop het Fonds failliet is verklaard. De Hoge Raad stelt voorop dat de verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. De voldoende zekerheid behoeft geen absolute zekerheid te zijn (HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, r.o. 3.3.2). Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden.

Duiding

Zoals reeds eerder is vermeld gaat de korte verjaringsstermijn van vijf jaar pas lopen op (de dag volgend op) het moment waarop de benadeelde met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Het is vaste rechtspraak dat daadwerkelijke, subjectieve, bekendheid vereist is en dat het dus niet gaat om 'behoren te weten'. Het enkele vermoeden van het bestaan van schade is niet voldoende (Zie bijvoorbeeld: HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552). De korte verjaringstermijn vereist echter niet dat de termijn pas begint te lopen zodra de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door het tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon. Dat de benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn een rechtsvordering in te stellen, betekent echter niet dat de termijn pas gaat lopen wanneer de benadeelde ook bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden (J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008). Het hof honoreert het verjaringsberoep door de bekendheid met de schade te koppelen aan het moment waarop het Fonds failliet is verklaard. Dat betekent dat eisers vanaf december 2006 bekend waren met de schade, terwijl de eisers pas in 2013 (dus na meer dan vijf jaar) HBU aansprakelijk hebben gesteld. Dat oordeel wordt door de Hoge Raad in stand gelaten. De bekendheid met de aansprakelijke

persoon wordt door het hof aangenomen op basis van een eigen waardering van de feiten.

Blijkens artikel 24 Rv staat het de rechter echter niet vrij 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. In dat geval kan de wederpartij immers zijn tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen. Een geschil moet in voldoende mate zijn afgebakend om tot een behoorlijk proces te komen (T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002/2).

De Hoge Raad oordeelt dat gelet op het voorgaande het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van het verjaringsberoep van HBU heeft aangevuld door te overwegen dat het enkele feit dat de consument een hoger verlies zou lijden dan de door HBU aan de consument voorgespiegelde 18,3% van de inleg, de consument het vereiste inzicht gaf dat het HBU was die hij voor de geleden schade aansprakelijk kon stellen. Een dergelijke grondslag voor het beroep op verjaring valt uit de ingenomen stellingen van HBU in hoger beroep immers niet af te leiden. Het oordeel van het hof, dat met het faillissement in december 2006 actie had kunnen worden ondernomen is met het oog op de verjaring niet onbegrijpelijk, maar een dergelijke grondslag voor het beroep op verjaring valt uit de ingenomen stellingen van HBU niet af te leiden. De Hoge Raad verwijst aldus het geding, vanwege de vermeende aanvulling door het hof, tot verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof Den Haag.

LITERATUUR

Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud **M.Y. Schaub**

Bron: Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht (NTER) 2019, afl. 9-10

Deze bijdrage belicht enkele aspecten van twee nieuwe richtlijnen op het terrein van consumentenbescherming van 20 mei 2019, te weten Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (Richtlijn digitale inhoud) en Richtlijn (EU) 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen (nieuwe Richtlijn consumentenkoop). Deze richtlijnen voorzien onder meer in regels die specifiek zijn toegesneden op digitale producten en goederen met digitale elementen.

Wanneer is een voedsletiket misleidend? Uitspraken van de Nederlandse rechter en de Reclame Code Commissie na Teekanne

C.E. de Jager & A.J. Verheij

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvCH) 2019, afl. 6

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag hoe de Nederlandse rechterende Reclame Code Commissie sinds het op 4 juni 2015 gewezen *Teekanne*-arrest oordeelt over misleiding. In dit arrest werd bepaald dat de ingrediën-

tenlijst niet langer bepalend is. Tot dit arrest werd de vraag of een voedsletiket misleidend is juridisch gezien beoordeeld aan de hand van de zogenaamde labelling-doctrine: de ingrediëntenlijst was tot dan toe beslissend. Besproken wordt welke aspecten van het etiket van belang zijn bij de beoordeling of een voedsletiket misleidend is. Ook wordt ingegaan op de vraag wat *Teekanne* nu precies heeft opgeleverd, zoals de vraag of de maatstaf in *Teekanne* aansluit bij hetgeen voor consumenten misleidend is.

Battle of forms bij internationale koop van roerende zaken

G.J. Boeve

Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2019, afl. 27, art. 95
Bijdrage naar aanleiding van een recent arrest van het Hof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2019:2103) waarin een internationale koopovereenkomst betreffende roerende zaken centraal stond waarop het Weens Koopverdrag van toepassing was. Ingegaan wordt op de vraag naar welk recht beoordeeld dient te worden over welke algemene voorwaarden van toepassing zijn en wat de Nederlandse 'first shot rule' en de 'knock out rule' uit het Weens Koopverdrag inhouden.

Lotsverbonden overeenkomsten en de ontbindende voorwaarde

L.F. Kloppenburg

Bron: Contracteren 2019, afl. 4

In dit artikel komt aan de orde of de lotsverbonden overeenkomst (een overeenkomst die in enig opzicht het lot deelt van een andere overeenkomst) een voorwaardelijke overeenkomst met ontbindende voorwaarde (in de zin van art. 6:21 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW)) is en welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor eventuele ongedaanmakingsverbintenissen en goederenrechtelijke werking.

L. Meijer
CMS