

■ Burgerlijk procesrecht

JURISPRUDENTIE

Geen mededelingsplicht bij vervanging raadsheer-commissaris na getuigenverhoor

HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711

Geldt de verplichting van gerechten om – voorafgaand aan het wijzen van het eindarrest – aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling ook als een raadsheer-commissaris na een getuigenverhoor wordt vervangen?

Casus en hoofdoverwegingen

In hoger beroep heeft (na memoriëwisseling) een mondelinge behandeling plaatsgevonden bij de meervoudige kamer van het hof. Bij tussenarrest heeft het hof – in dezelfde samenstelling van raadsheren – een van de partijen toegelaten tot bewijslevering. Vervolgens hebben getuigenverhoren plaatsgevonden ten overstaan van een raadsheer-commissaris, die onderdeel uitmaakte van deze meervoudige kamer. Het hof heeft uiteindelijk eindarrest gewezen in een samenstelling van drie andere raadsheren dan de raadsheren ten overstaan van wie de mondelinge behandeling was gehouden.

Een van de vragen die in dit arrest centraal staat, is of de vervanging van de rechter-commissaris na de getuigenverhoren op grond van artikel 155 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) medegedeeld had moeten worden aan partijen vóór het wijzen van het eindarrest. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.

Uit een aantal arresten van de Hoge Raad volgt op grond van het onmiddellijkheidsbeginsel de verplichting van het gerecht om aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling *na* mondelinge behandeling. Dit houdt verband met de betekenis van de mondelinge behandeling, waarbij de mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting van wezenlijke invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de rechter.

Deze verplichting tot mededeling geldt *niet* ten aanzien van de mondelinge behandeling die niet (mede) tot doel heeft of is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunten toe te lichten. Ook niet ten aanzien van bewijsverrichtingen die hebben plaatsgevonden op grond van de artikelen 149-207 Rv. Een getuigenverhoor kan plaatsvinden ten overstaan van één rechter-commissaris. Voor dat geval bepaalt artikel 155 Rv dat de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, zo veel mogelijk meewerkt aan het wijzen van de einduitspraak en dat van een afwijking van deze regel en de oorzaak daarvan in die uitspraak melding wordt gemaakt.

De ratio hierachter is dat de waarnemingen door de rechter ten overstaan van wie de bewijslevering heeft plaatsgevonden van belang kunnen zijn voor de waardering van het bewijs. In dat kader komt aan het onmiddellijkheidsbeginsel geen absolute gelding toe. Het belang daarvan is niet zozeer gelegen in het daadwerkelijk kunnen meewegen in de uitspraak van de mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting, maar veel meer in het bevorderen van waarheidsvinding.

Volgens de Hoge Raad bevat artikel 155 Rv voor het geval dat bewijslevering plaatsvindt ten overstaan van een rechter, een uitwerking van de eisen van een behoorlijke rechtspleging waarmee in de rechterlijke organisatie rekening moet worden gehouden, maar die bepaling geeft een partij *geen* aanspraak op beslissing van de zaak of waardering van het bewijs door de rechter ten overstaan van wie het bewijs is geleverd.

Duiding

In dit arrest stond (onder meer) centraal of partijen op grond van artikel 155 Rv – bij gebreke van een mededeling van een rechterswisseling – ervan uit mochten gaan dat de rechter-commissaris ten overstaan van wie bewijs is bijgebracht mee zou werken aan het wijzen van het eindarrest. Met andere woorden, dient de vervanging van een rechter-commissaris na getuigenverhoren medegedeeld te worden aan de partijen vóór het wijzen van het eindarrest?

De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren een aantal arresten gewezen over mondelinge behandelingen gevolgd door een rechterswisseling: Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 31 oktober 2014

(ECLI:NL:HR:2014:3076) kort gezegd dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling behoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. De bedoeling hiervan is om te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing. Indien tussen de mondelinge behandeling en de daaropvolgende uitspraak vervanging van één of meer rechters noodzakelijk blijkt, dan dienen partijen daarover voorafgaand aan die uitspraak te worden ingelicht, onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. De partijen die bij de mondelinge behandeling zijn verschenen, mogen dan dus ook een nadere mondelinge behandeling verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 15 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:662) dat de verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, en dat het na een uitspraak *aan partijen* is om in dit verband initiatieven te ontplooiën. De Hoge Raad is hier echter van terugge-

komen en oordeelde in zijn arrest van 20 maart 2020 (ECLI:NL:HR:2020:472) onder meer dat indien op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van één of meer rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, *het gerecht dit voorafgaand* aan de eerstvolgende uitspraak dient mee te delen aan partijen, onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Dit geldt voor elke uitspraak waarin een rechter ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden voor het eerst door een andere rechter wordt vervangen.

Voornoemde door de Hoge Raad uitgewerkte jurisprudentie over de mondelinge behandeling die wordt gevolgd door een rechterswisseling, is voor de beantwoording van bovengenoemde rechtsvraag echter *niet* op zijn plaats, zoals de Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.3.1 en 3.3.2 van onderhavig arrest.

Bewijslevering heeft – zoals advocaat-generaal Lückers in haar conclusie bij onderhavig arrest ook uitlegt – immers een andere functie dan een mondelinge behandeling waarop door partijen stellingen worden toegelicht. Lückers licht toe dat het gangbare en toegestane praktijk is dat bewijslevering door middel van getuigenverhoren niet ten overstaan van alle rechters plaatsvindt en hoeft plaats te vinden: de twee andere rechters worden geacht op basis van het opgemaakte proces-verbaal de getuigenverklaringen te kunnen beoordelen.

Zie in dit kader ook de conclusie van advocaat-generaal Wesseling-van Gent (nr. 2.18 t/m 2.21) behorend bij het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, NJ 2019/145, waarin zij een aantal argumenten noemt die pleiten voor handhaving van deze huidige praktijk: '(i) evenals bij de comparitie na aanbrengen vindt tijdens getuigenverhoren geen uitwisseling van partijstandpunten plaats; (ii) bij de beoordeling van de bewijskracht van afgelegde getuigenverklaringen komt het niet of veel minder aan op interactie tussen partij en rechter en beïnvloeding van de rechter; (iii) uit het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 2008¹ volgt dat het niet noodzakelijk is dat raadsheren om over getuigenbewijs te kunnen oordelen, de getuigen zelf hebben gehoord.'

Lückers concludeert dat in onderhavig geval het belang van het onmiddellijkheidsbeginsel minder gewicht in de schaal legt dan het voortvarendheidsbeginsel: '(...) Ook meen ik dat in geval van bewijslevering het onmiddellijkheidsbeginsel het loodje legt tegen het voortvarendheidsbeginsel te meer nu van het horen van getuigen door een raadsheer-commissaris dan wel rechter-commissaris in burgerlijke zaken altijd proces-verbaal wordt opgemaakt. (...)'. Er zou bovendien geen algemene regel zijn dat rechters niet vervangen mogen worden zonder mededeling daarvan aan partijen.

In lijn met de conclusie van advocaat-generaal Lückers (en de conclusie van advocaat-generaal Wesseling-

van Gent (nr. 2.18 t/m 2.21) behorend bij het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264) oordeelt de Hoge Raad hier (onder meer) dat de verplichting van gerechten om aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vóór het wijzen van het eindarrest niet geldt als een raadsheer-commissaris na een getuigenverhoor wordt vervangen.

Het 'rechtsmiddelenkarakter' prevaleert boven het 'voortzettingskarakter' van verzet

HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1546

Werkt het door de ene gedaagde ingestelde verzet tegen een verstekvonnis ook door in de verhouding tussen de oorspronkelijk eiser en de andere gedaagden?

Casus en hoofdoverwegingen

In een kortgeding zaak heeft A (eiseres) B, C en een bank (gedaagden) gedagvaard. A vorderde kort gezegd afgifte van beslagen documenten. De voorzieningenrechter heeft ten aanzien van B, C en de bank verstek verleend en de vorderingen van A toegewezen. A heeft dit verstekvonnis ten uitvoer gelegd. Van de bij verstek veroordeelde gedaagden is alleen B in verzet gekomen. Na verzet heeft de voorzieningenrechter de jegens alle gedaagden ingestelde vorderingen alsnog afgewezen. De voorzieningenrechter oordeelde dat de vernietiging van het verstekvonnis ook de toewijzing van de vorderingen voor zover gericht tegen C en de bank moet raken. Het hof bekrachtigde dit verzetvonnis.

De vraag is of het door de ene gedaagde ingestelde verzet tegen een verstekvonnis ook doorwerkt in de verhouding tussen de oorspronkelijk eiser en de andere gedaagden.

Het staat volgens de Hoge Raad niet ter vrije bepaling van partijen of en voor wie een rechtsmiddel openstaat en ten opzichte van welke partijen een rechtsmiddel en de daarop gedane uitspraak werking kunnen hebben. De daarvoor geldende regels zijn van openbare orde. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat in dit geding sprake is van subjectieve cumulatie, zonder dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit betekent dat de vorderingen tegen alle gedaagden weliswaar gezamenlijk worden behandeld, maar dat de zaken tegen ieder van deze gedaagden hun processuele zelfstandigheid behouden. Het verstekvonnis bevat naar de inhoud daarvan zelfstandige uitspraken ten aanzien van ieder van de gedaagde.

Het instellen van verzet werkt in beginsel *niet* door in de verhouding tot de medegedaagden. Door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie heropend en voortgezet, maar, gelet op de processuele zelfstandigheid van ieder van de zaken en het rechtsmiddelenkarakter van het verzet, uitsluitend tussen de oorspronkelijke eiser en de gedaagde die het verzet instelt. Dat A bij één dagvaarding zelfstandige vorderingen tegen B, C en de bank heeft ingesteld, en dat daarop

1. ECLI:NL:HR:2008:BC8692, RvdW 2008/537.

in één vonnis is beslist, heeft dus niet tot gevolg dat C en de bank partij zijn in de procedure tussen A en B die met het door B ingestelde verzet is voortgezet. Het door B ingestelde verzet en de uitspraak daarop werken dus niet door in de verhouding tussen A enerzijds en C en de bank anderzijds.

Door het verstekvonnis te vernietigen en te oordelen dat de vernietiging ook de toewijzing van de vorderingen voor zover gericht tegen C en de bank moeten raken, heeft de voorzieningenrechter voorgaande miskend en beslist in strijd met een regel van openbare orde. Het hof had voorts het verzetvonnis, voor zover gewezen tegen C en de bank, moeten vernietigen.

Duiding

In onderhavig geval staat (onder meer) de vraag centraal of het hof ten onrechte heeft nagelaten het verzetvonnis jegens C en de bank te vernietigen en het hof ambtshalve de regel van openbare orde had moeten toepassen dat verzet bij deelbare rechtsverhoudingen alleen geldt voor een partij die verzet heeft ingesteld. Met andere woorden, tussen welke partijen in de verzetprocedure moet er uitspraak worden gedaan, indien meerdere partijen in het verstekvonnis zijn veroordeeld en slechts een van deze partijen in verzet is gekomen?

Volgens advocaat-generaal Vlas is het antwoord op deze vraag afhankelijk van de karakterisering van het verzet. Uit rechtspraak en literatuur zou tot uitdrukking komen dat verzet een tweeslachtig karakter heeft: enerzijds zou het een rechtsmiddel zijn waarmee het op verstek gewezen vonnis kan worden aangetast. Dit wordt het 'rechtsmiddelenkarakter' van verzet genoemd. Anderzijds zou het verzet de strekking hebben dat het geding waarin verstek is verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. Dit wordt het 'voortzettingskarakter' van verzet genoemd.

Vlas legt in zijn conclusie uit dat indien het rechtsmiddelenkarakter van het verzet prevaleert, het verstekvonnis voor de niet-verschenen gedaagden die niet in verzet zijn gekomen kracht van gewijsde zal krijgen. De gedaagden die niet in verzet zijn gekomen worden dan dus geen partij in de verzetprocedure. Hij onderbouwt voorts dat in de huidige wettelijke regeling van verzet de nadruk echter ligt op het voortzettingskarakter. Het voordeel van deze voortzettingsbenadering is volgens hem dat de zaak in verzet één geheel blijft en niet uiteenvalt in verschillende procedures doordat de andere niet-verschenen gedaagden ieder afzonderlijk verzet instellen binnen de voor hen geldende verzettermijn. Een nadeel is dat de overige niet-verschenen gedaagden zich niet bij het verstekvonnis kunnen neerleggen en tegen hun wil kunnen worden gebonden aan het verzetvonnis. Hij haalt hierbij het voorbeeld aan van de situatie waarin de overige niet-verschenen gedaagden al een schikking hebben bereikt met de oorspronkelijk schuldeiser en daarom geen hernieuwde behandeling van de zaak willen. Vlas is echter van mening dat deze nadelen *niet* van dien aard zijn dat zij opwegen tegen het voordeel dat de zaak als geheel bijeen blijft.

De Hoge Raad gaat niet mee met de gedachtegang van Vlas en laat in dit arrest het 'rechtsmiddelenkarakter'

prevaleren: door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie heropend en voortgezet, maar, gelet op de processuele zelfstandigheid van ieder van de zaken en het rechtsmiddelkarakter van het verzet, uitsluitend tussen de oorspronkelijk eiser en de gedaagde die het verzet instelt. Dit zijn volgens de Hoge Raad regels van openbare orde (die de voorzieningenrechter heeft geschonden) en het hof had dit, zo nodig ambtshalve, moeten onderzoeken.

LITERATUUR

Schikken in onzekerheid

Mr. dr. I. Tillema

Bron: Tijdschrift voor de Procespraktijk (TvPP) 2020, afl. 5
Tillema onderzoekt in deze bijdrage wat procespartijen en rechters kunnen leren uit de afwikkeling van de WCAM-schikkingen voor toekomstige WAMCA-schikkingen. Zij kijkt in het bijzonder naar de unieke onzekerheid over het gedrag van benadeelden, die speelt bij collectieve schikkingen ingevolge de WCAM en WAMCA: een belangenbehartiger treedt op voor 'andere personen' in een opt-outmodel. Hierdoor is het uiteindelijke gedrag van de benadeelden ten aanzien van de schikking veelal onbekend. In dit artikel staat deze onzekerheid en het effect daarvan op het succes van een schikking centraal.

De Wet tot herziening van het beslag- en executierecht **Mr. K. Redeker-Gieteling, mr. drs. A.G.I. Terhorst**

Bron: Ars Aequi (AA) 2020, afl. 11, p. 1067-1071
Op 18 juni 2020 is de Wet tot herziening van het beslag- en executierecht van 3 juni in het Staatsblad gepubliceerd (bron: *Stb.* 2020, 177). De wet is onderdeel van het Actieplan Brede Schuldenaanpak waarmee het kabinet problematische schulden wil voorkomen, mensen met problematische schulden wil ondersteunen en een maatschappelijk verantwoorde incasso wil borgen. De wet herziet het beslag- en executierecht op een aantal punten. Hierbij zijn drie uitgangspunten gehanteerd: (1) voorkomen dat een schuldenaar door het beslag niet meer in zijn bestaansminimum kan voorzien; (2) het beslag- en executierecht efficiënter en eenvoudiger maken; en (3) als beslag dient ter verhaal mag het niet louter worden ingezet als pressiemiddel. De auteurs lichten in deze bijdrage de wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toe.

De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd

Mr. M.W. Josephus Jitta

Bron: Ondernemingsrecht (ONDR) 2020, afl. 13-14, art. 128
In deze bijdrage gaat Josephus Jitta (mede naar aanleiding van het artikel van Broere en Saleminck 'De rechtspositie van de OK-functionaris: aansprakelijkheid en kosten van verweer' in *ONDR* 2020/119) in op een aantal uitspraken van de Ondernemingskamer over OK-functionarissen en de manier waarop de Ondernemingskamer OK-functionarissen probeert te beschermen tegen eventuele aansprakelijkstellingen en voor hun rekening komende kosten van verweer.

Ervaringen van – en met – de Rotterdamse Regelrechter

Mr. W.J.J. Wetzels

Bron: Beslag en executie in de rechtspraak (BER) 2020, afl. 6, art. 114

In deze bijdrage beschrijft Wetzels de pilot van de Rotterdamse Regelrechter (RRR). Hij gaat hierbij kort in op de achtergrond en de context waarbinnen de pilot is gestart. Hierin biedt de rechtbank Rotterdam aan partijen de mogelijkheid om in een snelle en goedkope procedure op eenvoudige wijze een geschil aan de kantonrechter voor te leggen. Wetzels zoekt verder in op de werkwijze van de RRR en het soort zaken dat in het kader van de pilot door de RRR wordt behandeld. Ervaringen die reeds zijn opgedaan met deze pilot worden in deze bijdrage gedeeld. Ook is er aandacht voor de evaluatie van de pilot van de Haagse Wijkrechter en de RRR zoals die door het Bureau Andersson Elffers Felix is uitgevoerd in opdracht van de Raad voor de rechtspraak.

Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Mr. drs. M.H. de Boer, mr. M.V.E.E. de Monchy

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2020, afl. 35, art. 2397

Dit betreft kort gezegd een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht in de periode van oktober 2019 t/m september 2020.

M.M. Tak
CMS

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ in de verzekeringspolis

ECLI:NL:HR:2020:1736

Verzekeraar Achmea wijst door middel van een beroep op de primaire dekkingsomschrijving de dekking voor arbeidsongeschiktheid af. De primaire dekkingsomschrijving waar Achmea zich op beroept, betreft het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ in de polis. Hoe dient dat begrip te worden uitgelegd en kan Achmea redelijkerwijs dekking op die grond afwijzen?

Casus en hoofdoverwegingen

De zaak betreft een dierenarts die een beroepsarbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten bij Achmea. Artikel 1 van de polis geeft de volgende omschrijving van het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’: ‘Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake indien er in relatie tot ziekte of ongeval, objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde beperkt is in zijn of haar functioneren.’

In 2012 meldt de dierenarts zich arbeidsongeschikt wegens ernstige pijn- en gewrichtsklachten aan onder

meer zijn heupen, schouders en armen. Hij wordt vervolgens door verschillende medisch specialisten onderzocht om de oorzaak van zijn klachten te achterhalen. Verschillende artsen bestempelen de klachten van de dierenarts als reëel. Het lukt de verschillende artsen echter niet om de klachten toe te schrijven aan een bepaald ziektebeeld (zoals artrose, ontsteking, reuma of een neurologische aandoening).¹

Achmea laat daarom weten dat de dierenarts vanaf 28 november 2014 volledig arbeidsgeschikt wordt geacht. De polis bepaalt immers dat de klachten moeten horen bij een objectief medisch vast te stellen stoornis. Nu de artsen geen diagnose kunnen vaststellen, heeft de dierenarts volgens Achmea geen recht op dekking. De dierenarts vordert in de procedure tegen Achmea (onder meer) betaling van een uitkering naar 100% arbeidsongeschiktheid. De rechtbank wijst de vorderingen van de dierenarts toe. Het hof wijst de vorderingen van de dierenarts daarentegen af. Het hof oordeelt dat de beschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid in artikel 1 van de polisvoorwaarden voldoende duidelijk en begrijpelijk is. De dierenarts heeft pas recht op uitkering indien sprake is van medisch objectieveerbare stoornissen die in relatie staan tot ziekte. De relatie met een ziekte is pas aanwezig indien sprake is van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld. Dat laatste ontbreekt in dit geval. Volgens het hof heeft Achmea de dekking derhalve terecht geweigerd.²

In cassatie klaagt de dierenarts dat het hof ten onrechte voorbij is gegaan aan zijn betoog dat het beroep van Achmea op artikel 1 van de polisvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad oordeelt dat Achmea de dekking met een beroep op de primaire dekkingsomschrijving vrijelijk mag weigeren tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen waardoor de dekkingsafwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De dierenarts heeft geen belang bij zijn klacht, nu hij dergelijke bijzondere omstandigheden niet heeft aangevoerd.

Duiding

De onderhavige zaak betreft een typisch geval waarbij de weg naar de Hoge Raad interessanter bleek dan de uitspraak van de Hoge Raad zelf. Over de uitleg en toetsing van het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ viel immers te twisten. Om die reden oordeelde de rechtbank Noord-Holland de vorderingen van de dierenarts grotendeels toewijsbaar en wees het hof de vorderingen van de dierenarts af.

Stap één bij uitlegkwesties ziet op de vraag of de omstrede bepaling een kernbeding of een algemene voorwaarde betreft. Als vuistregel geldt dat kernbedingen veelal (dus niet altijd) samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst niet tot stand komt. Over het algemeen zijn polisvoorwaarden die de primaire dekkingsomschrijving betreffen aan te merken als kernbeding: het gaat immers om overeenstemming over de basisdekking.³

1. Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2020:455, bij HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736.

2. Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:482.

3. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/107.

De rechtbank meet derhalve met de verkeerde lat: zij merkt het arbeidsongeschiktheidsbegrip in de polis aan als een algemene voorwaarde. De rechtbank heeft artikel 1 van de polis derhalve getoetst aan artikel 6:233 onder a Burgerlijk Wetboek (BW). Bij die toets is het evenwicht tussen partijen (consument versus verzekeraar) van groter belang dan de transparantie van het beding.⁴ Er wordt dan ook gekozen voor een uitleg die het gunstigst is voor de consument (art. 6:238 lid 2 BW). De rechtbank legde het artikel 1 van de polisvoorwaarden daarom als volgt uit:⁵ 'sprake moet zijn van objectief medisch vast te stellen stoornissen die in relatie moeten staan tot "ziekte", en niet "een ziekte" of "een bepaalde of bepaalde of medisch objectieveerbare ziekte"'. Om die reden hoefde volgens de rechtbank geen diagnose te worden vastgesteld om recht te hebben op dekking. Anders dan de rechtbank bestempelt het hof artikel 1 van de polis als kernbeding. Arbeidsongeschiktheid is een ruim begrip en het staat een verzekeraar vrij om te bepalen wat hij in dat verband wel en niet wenst te verzekeren.⁶ Het hof onderscheidt voor de duidelijkheid de risico's/scenario's die de verzekeraar volgens het beding wél en niet had willen verzekeren: (1) het scenario waarbij de verzekerde doet alsof hij medische klachten heeft; (2) het scenario waarbij de verzekerde reële klachten heeft, maar waarbij die klachten niet zijn te herleiden tot een ziektebeeld; (3) het scenario waarbij de verzekerde reële klachten heeft, en die klachten resulteren in een diagnose.

Volgens het hof zijn scenario 1 en 2 uitgesloten van dekking. Het feit dat de dierenarts derhalve reële klachten heeft, is niet voldoende om in aanmerking te komen voor dekking. De verzekerde moest volgens het hof begrijpen dat de lichamelijke klachten tot een diagnose moesten leiden.

Ondanks het feit dat het hof en de rechtbank de polisvoorwaarde langs een andere lat hebben gelegd, liggen zij wat de uitleg betreft niet ver uiteen. In beide gevallen is gekozen voor een tekstuele uitleg van het beding. De uitleg pakt bij de rechtbank gunstiger uit voor de dierenarts omdat toepassing is gegeven aan de *contra proferentem*-regel. De gevolgen van de verschillende uitlegmethoden zijn echter funest: wél of géén recht op dekking bij arbeidsongeschiktheid.

De maatschappelijke gevolgen zijn voor de dierenarts enorm. Vanwege zijn (reëel beoordeelde) klachten loopt hij al zijn inkomsten mis. Tegelijkertijd heeft hij géén recht op dekking. De dierenarts eindigt financieel gezien aan de grond. Met een beroep op de redelijkheid en billijkheid stapt de dierenarts dan ook naar de Hoge Raad. De Hoge Raad houdt in het onderhavige geval voet bij stuk. Bij kernbedingen (primaire dekkingsomschrijving) heeft de consument geen recht op (extra) bescherming. De verzekeraar heeft de vrijheid om te bepalen welke risico's hij dekt. Zonder een onderbouwd beroep op de redelijkheid en billijkheid strandt dan ook het cassatieberoep.

Voor de leken oogt de uitkomst van de procedure allerm minst bevredigend. Ook de doorgewinterde jurist kan

zich afvragen of het bezwaarlijk was voor de verzekeraar om de grenzen van de dekking glashelder op te schrijven. Wellicht had de verzekeraar artikel 1 van de polis immers op dezelfde manier kunnen omschrijven als het hof deed bij de scenarioschetsen. Enfin, achteraf is dat altijd gemakkelijk praten.

Wonen in de schijnwerpers

ECLI:NL:HR:2020:2003

Omwonenden van een tennisbaan ervaren ernstige lichtoverlast van de tennisvelden. Valt de lichtoverlast aan te merken als een non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW?

Casus en hoofdoverwegingen

Heijmans heeft in de periode 2008-2010 eengezinswoningen gerealiseerd nabij een tennisbaan. De kopers hebben met Heijmans koop- en aannemingsovereenkomsten gesloten. In mei en juni 2010 zijn de woningen aan de kopers opgeleverd.

Voorheen was de tennisbaan in het winterseizoen gesloten. Vlak na de oplevering, in oktober 2010, is de tennisbaan overgegaan op openstelling in het winterseizoen. Om tennissen in het winterseizoen mogelijk te maken, zijn zeven tennisbanen in het tennispark omgebouwd van 'gravel' naar 'all weather-banen'. Daarbij is ook de lichtinstallatie van het tennispark aangepast en uitgebreid.

De kopers worden naar eigen zeggen geconfronteerd met een 'enorme lichtoverlast'. Naar aanleiding van klachten van de kopers zijn lichtmetingen uitgevoerd waarvan de resultaten zijn getoetst aan de richtlijnen van de Nederlandse Stichting voor Verlichtingskunde (NSVV). Het eerste lichtmetingrapport constateert enkele overschrijdingen van de grenswaarden voor lichtoverlast. Als reactie op het eerste lichtmetingrapport kantelt de tennisvereniging de lampen van de lichtmasten. In een tweede lichtmetingrapport wordt de grenswaarde daarom niet meer overschreden.

In een procedure vorderen de kopers een verklaring voor recht dat Heijmans aansprakelijk is voor de schade door de lichtoverlast. De woningen bezitten volgens de kopers niet de eigenschappen die voor een normaal gebruik van de woning nodig zijn (art. 7:17 BW). Voorts hebben de kopers gesteld dat Heijmans met betrekking tot de voorgenomen winteropening niet heeft voldaan aan haar mededelingsplicht. De rechtbank oordeelt dat de kopers een woning kochten in een buitensiedelijk en landelijk woongebied (zone E2). Een dergelijke zone betreft een gebied met een lage omgevingshelderheid. Kopers hoefden om die reden deze mate van lichthinder niet te verwachten. De vorderingen van de kopers worden daarom door de rechtbank toegewezen.

4. Valk, 'Vernietigbaarheid beding in algemene voorwaarden', *T&C BW*, commentaar op art. 6:233 BW, actueel t/m 15 juli 2020.

5. Zie ook concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2020:455, bij HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736, punt 3.7.

6. In lijn met HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435 (*Valschermzweeftoestel*).

Anders dan de rechtbank gaat het hof slechts in op de mededelingsplicht van Heijmans. Heijmans had volgens het hof slechts een mededelingsplicht richting de kopers als voor Heijmans voldoende kenbaar was dat de winteropenstelling voor de kopers van wezenlijk belang was. Het had het op de weg van de kopers gelegen om nader onderzoek te doen naar de winteropenstelling en om hun vrees voor lichtoverlast aan Heijmans kenbaar te maken.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het hof onvoldoende heeft beoordeeld of de lichtoverlast van zodanige aard is dat een normaal gebruik van de woningen wordt belemmerd. De zaak zal daarom aan een nieuw hof worden voorgelegd.

Duiding

Lichtoverlast werd in lagere rechtspraak al eerder langs de lat gelegd van onrechtmatige hinder (art. 5:37 BW)⁷ maar werd nog niet eerder getoetst aan de non-conformiteitsnormen van artikel 7:17 BW. Bij lichthinder spitst het geschil zich eerst toe op de vraag of de veroorzaakte lichthinder de grenzen overschrijdt en daarom als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW moet worden beschouwd.⁸ Het antwoord op die onrechtmatigheidsvraag hangt af van de aard, de ernst en de duur van de hinder.

Bij de non-conformiteit gaat men uit van een andere toets. Bepalend voor de non-conformiteit van artikel 7:17 BW is het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper omtrent de eigenschappen van de zaak. Dat verwachtingspatroon is onderhevig aan twee subelementen: (1) de verwachtingen van de koper worden mede bepaald door eventuele mededelingen van de verkoper; en (2) de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van de zaak nodig zijn.⁹

Bij de vraag of sprake is van (non-)conformiteit wordt veelal betekenis toegekend aan de onderzoeksplicht van de koper en de mededelingsplicht van de verkoper. In dat kader weegt de mededelingsplicht van de verkoper zwaarder dan de onderzoeksplicht van de koper. Indien de verkoper beschikt over bepaalde informatie en begrijpt dat deze informatie voor de koper van (doorslaggevend) belang is, heeft de verkoper een mededelingsplicht. Bij twijfel over de te kopen zaak rust op de koper een onderzoeksplicht.

Het hof focust met name op de eventuele schending van een mededelingsplicht van Heijmans en/of de onderzoeksplicht van de kopers. Op Heijmans rustte volgens het hof pas een mededelingsplicht als het voor haar voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van de tennisbaan van wezenlijk belang was voor de kopers. Het had op de weg van kopers gelegen om dit aan Heijmans duidelijk te maken. De focus van het hof beperkt zich derhalve onterecht maar op één onderdeel van de non-conformiteitsvraag.

De rechtbank heeft in het kader van de non-conformiteitsvraag een aantal interessante gezichtspunten gege-

ven (mede in lijn met de hinderrechtspraak). De rechtbank stelde vast dat er sprake is van lichtoverlast voor lange duur: namelijk tijdens de wintermaanden van oktober tot en met maart, dagelijks vanaf 17.00 uur tot 23.00 uur. De bomen zijn in de winterperiode kaal en derhalve niet voorzien van een bladerdek om de woningen tegen het licht te beschermen. Bovendien stonden de 44 lampen die de tennisbanen verlichten op relatief korte afstand tot de woningen en zijn er geen beschermende maatregelen (zoals kappen) getroffen. Op foto's gemaakt in de woonkamers van de woningen is te zien dat sprake is van een verblindend licht dat de woning(en) inschijnt. Omdat de kopers ervan uit mochten gaan dat zij een woning in een E-2 zone kochten (buitenstedelijk en landelijk woongebied met lage omgevingshelderheid), hoefden zij deze mate van lichtoverlast niet te verwachten.

Ten aanzien van de mededelingsplicht oordeelde de rechtbank in eerste aanleg dat Heijmans als projectontwikkelaar mede verantwoordelijk was voor de herinrichting van het plangebied. Heijmans had een prominente rol in de onderhandelingen met de gemeente. De gemeente was in een zeer vroeg stadium op de hoogte van de voorgenomen winteropening van het tennispark en Heijmans moet van dit voornemen op de hoogte zijn geweest. Derhalve had Heijmans de plicht de winterplannen aan de kopers mede te delen.

Het is nu afwachten geblazen op de beslissende uitspraak van het hof. Naar verwachting zal dat hof in ieder geval een aantal van de hierboven genoemde gezichtspunten in zijn oordeel betrekken. Op die manier wordt de rechtspraak over lichtoverlast en de non-conformiteit dan voor eens en voor altijd glad getrokken.

LITERATUUR

Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken

Mr. dr. R.P. Wijne

Bron: Maandblad voor Vermogensrecht (MvV) 2020, afl. 10

Op 19 juni 2020 deed de Hoge Raad uitspraak in twee kwesties waarin de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak centraal stond. In deze uitspraken is geoordeeld over zowel de tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak als de toerekenbaarheid ervan.

Leiden bedingen die de vennootschap als enig opdrachtnemer aanwijzen tot uitsluiting van persoonlijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar, en kan dat?

Mr. E.A.L. van Emden

Bron: Maandblad voor Vermogensrecht (MvV) 2020, afl. 10

Beroepsbeoefenaars kunnen met hun opdrachtgever overeenkomen dat het kantoor waaraan zij zijn verbonden als enig opdrachtnemer heeft te gelden. In deze

7. Rb. Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4160.

8. HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418.

9. Concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2020:686, punt 2.5 en 2.6.

bijdrage wordt ingegaan op de vraag in hoeverre daarmee ook de persoonlijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar kan worden uitgesloten en op de vraag in hoeverre het uitsluiten van persoonlijke aansprakelijkheid door beroepsbeoefenaars mogelijk is.

Grenzen aan wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden: biedt de Hoge Raad dezelfde consumentenbescherming als het HvJ EU?

Mr. M.G.J. van 't Ende

Bron: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR) 2020, afl. 7305

Een (eenzijdig) wijzigingsbeding is een beding dat de gebruiker de mogelijkheid geeft om zonder instemming van de wederpartij de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. Het wijzigingsbeding stelt de gebruiker in staat om in te spelen op veranderende omstandigheden. De centrale vraag van dit artikel, dat in twee delen is gesplitst, is of de Hoge Raad de inhoudstoets zodanig toepast dat de consument voldoende beschermd wordt tegen oneerlijke wijzigingsbedingen. Om deze vraag te beantwoorden wordt in dit eerste deel de toepasselijke regelgeving voor wijzigingsbedingen in consumentenovereenkomsten en de inhoudstoetsing van wijzigingsbedingen volgens de rechtspraak van het HvJ EU besproken.

Mr. M.G.J. van 't Ende

Bron: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR) 2020, afl. 7306

Tweede deel van een artikel over de vraag of de Hoge Raad de inhoudstoets zodanig toepast dat de consument voldoende beschermd wordt tegen oneerlijke wijzigingsbedingen. Onderzocht wordt de wijze waarop de Hoge Raad toepassing geeft aan de inhoudstoets voor wijzigingsbedingen, om te beoordelen of consumenten aan wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden gebonden zijn. Dit gebeurt aan de hand van de arresten *Seba/Amsterdam I* en *Euriborhypotheken* en deze uitspraken worden vergeleken met de rechtspraak van het HvJ EU.

ACM onderzoekt werking van algoritmes in de praktijk

Bron: ACM, Publicaties, 10 december 2020

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) is op 10 december 2020 een proef gestart met hoe zij in de praktijk de werking van algoritmes kan controleren bij marktpartijen. De ACM wil deze kennis gebruiken om marktpartijen te laten weten wat zij kunnen verwachten als de ACM hun algoritmes controleert. De toepassing van algoritmes kan voordelen opleveren voor bedrijven, zoals het beter laten aansluiten van vraag en aanbod. Maar er zijn ook zorgen. Bijvoorbeeld omdat bedrijven algoritmes inzetten om consumenten online te sturen in hun keuzes en aankopen, die niet altijd in het belang van de consument zijn. Ook zijn er twijfels of er nog wel voldoende zicht en controle is op de werking en effecten van complexe algoritmes. De ACM heeft een position paper gepubliceerd dat een vertrekpunt is van waaruit de ACM het toezicht op algoritmische toepassingen verder wil ontwikkelen. Het biedt algemene handvatten voor onderzoeken naar overtredingen waarbij algoritmische toepassingen een rol spelen.