

Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

HR 25 maart 2011, LJN BO5804

In dit arrest van de Hoge Raad gaat het om de waardering van een verklaring van een partijgetuige die in de loop van de procedure in hoedanigheid verandert in die zin dat de getuige geen partij meer is in de procedure. Achtergrond is artikel 164 lid 2 Rv, dat bepaalt dat indien een partij als getuige is gehoord, haar verklaring omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel kan opleveren. Dit is anders indien de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.

De rechtbank heeft in zijn tussenvonnis [eiser 1], [eiseres 2] en [A] B.V., hierna: 'eiseressen', een bewijsopdracht gegeven. [Betrokkene 2], directeur van [A], is in de procedure als getuige gehoord. De rechtbank heeft, mede gelet op artikel 164 lid 2 Rv, de verklaringen van [eiser 1] en [betrokkene 2] onvoldoende overtuigend geacht. De vordering tot schadevergoeding is daarom afgewezen.

De advocaat van [eiser 1], hierna: 'verweerder', heeft verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen tegen dit vonnis. [Eiser 1] en [eiseres 2] hebben vervolgens vergoeding gevorderd van de door hen geleden schade als gevolg van de door verweerder gemaakte beroepsfout.

De rechtbank heeft vooropgesteld dat beoordeeld moet worden hoe de appèlrechter zou hebben geoordeeld indien verweerder wel tijdig beroep had ingesteld. De rechtbank heeft de getuigenverklaringen beoordeeld en is tot de conclusie gekomen dat het hof de getuigenverklaring van [betrokkene 2] anders zou hebben gewogen dan in eerste instantie het geval was, althans dat het hof aanleiding zou zien [betrokkene 2] nogmaals te horen omdat [betrokkene 2] in eerste aanleg par-

tijgetuige was, maar dit in hoger beroep niet meer zou zijn geweest.

Het hof heeft dit vonnis vernietigd en de vordering van [eiser 1] en [eiser 2] afgewezen. Het hof heeft vooropgesteld dat een getuige als partijgetuige wordt aangemerkt als hij op het tijdstip waarop hij wordt gehoord partij is. Op grond van de feiten moest [betrokkene 1] dan ook als partijgetuige worden aangemerkt. Door het instellen van het hoger beroep is dit niet anders omdat het beoordelingsmoment niet wordt gewijzigd, aldus het hof.

Ook de Hoge Raad oordeelt dat uitgangspunt is dat als peilmoment voor de beoordeling of een getuige als partij is aan te merken, en of zijn verklaring dus de beperkte bewijskracht heeft als bedoeld in artikel 164 lid 2 Rv, het tijdstip geldt waarop hij is gehoord. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat in een situatie als hierboven beschreven de partij die de bewijslast draagt voldoende processueel belang kan hebben om die persoon opnieuw als getuige te doen horen. Dit voldoende processueel belang is echter in situaties als hier bedoeld niet zonder meer aanwezig. Dit is met name niet zo indien het bewijsaanbod geen andere strekking heeft dan een eerder afgelegde verklaring te herhalen. De partij die het aanbod doet om een getuige opnieuw te horen moet in ieder geval stellen dat de toenmalige hoedanigheid van de getuige op enigerlei wijze van invloed is geweest op het verloop van het verhoor of op de wijze waarop daarvan proces-verbaal is opge maakt. De rechter kan het aanbod bij gebrek aan belang passeren indien hij in zijn beoordeling van het geschil ervan uitgaat dat de door de getuige afgelegde verklaring niet langer de beperkte bewijskracht heeft als bedoeld in artikel 164 lid 2 Rv.

Hof 's-Gravenhage 15 maart 2011, LJN BP7833

In deze zaak gaat het om het niet-tijdig betalen van het verschuldigde griffierecht en de sanctie die volgt

als betaling niet binnen vier weken na de eerste roldatum heeft plaatsgevonden.

Silona B.V., hierna: 'Silona', heeft geïntimeerde gedagvaard tegen 25 januari 2011. Op grond van artikel 3 lid 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) moet het griffierecht binnen vier weken na de eerste roldag zijn bijgeschreven op de rekening van het hof die de zaak in behandeling heeft. Silona heeft het griffierecht niet binnen deze termijn betaald. Zij heeft als verweer aangevoerd dat zij geen nota van het griffierecht had ontvangen van het desbetreffende hof. Voor de vraag wanneer Silona het griffierecht moest betalen is echter niet van belang of Silona de nota voor betaling van het griffierecht had ontvangen, aldus het hof. Uit bovengenoemde wet volgt immers binnen welke termijn het griffierecht betaald had moeten worden. Bij twijfel had Silona de griffie van het hof om informatie kunnen vragen of had zij het bedrag kunnen betalen dat zij berekend had als griffierecht voor geïntimeerde.

Nu Silona niet tijdig het griffierecht heeft betaald, is geïntimeerde ontslagen van deze instantie en is Silona veroordeeld tot betaling van de proceskosten in hoger beroep.

Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2011, LJN BP8142

In deze zaak gaat het om de vraag welke sanctie zou moeten volgen als in een appèldagvaarding geen melding wordt gemaakt van de nevenzittingsplaats waar de zaak zou moeten worden aangebracht.

Appellante in de hoofdzaak, hierna: 'appellante', heeft een appèldagvaarding uitgebracht. Geïntimeerde in de hoofdzaak, hierna: 'geïntimeerde', heeft een incidentele memorie tot niet-ontvankelijkheid genomen. Appellante heeft daarop bij antwoordmemorie in het incident gereageerd. Geïntimeerde heeft aan zijn incidentele vordering ten grondslag gelegd dat het exploit van dagvaarding nietig is omdat

daarin niet het adres van de nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch van het Gerechtshof 's-Gravenhage is vermeld. Daarnaast zou het herstel-exploot door appellante zijn uitgebracht na het verstrijken van de appèltermijn. Dit brengt volgens geïntimeerde mee dat appellante niet-ontvankelijk diende te worden verklaard.

Het hof stelt allereerst vast dat het geding nog steeds aanhangig is op basis van de tijdig uitgebrachte appèldagvaarding. Het vonnis is gewezen door de Rechtbank Middelburg, sector kanton, locatie Middelburg. Deze rechtbank is gelegen in het ressort van het Gerechtshof 's-Gravenhage. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is echter aangewezen als nevenzittingsplaats van het Gerechtshof 's-Gravenhage. Het hoger beroep diende daarom te worden aangebracht en behandeld door het Gerechtshof 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch.

Zowel in de appèldagvaarding als in het daaropvolgende herstel-exploot is in strijd met artikel 111 lid 2 onder e Rv niet het adres van deze nevenzittingsplaats vermeld. Zowel het gebrek in het exploot van dagvaarding als het gebrek in het herstel-exploot zijn gebreken die ingevolge artikel 120 lid 1 Rv in beginsel nietigheid met zich meebrengen. Artikel 122 lid 1 Rv bepaalt echter dat als de gedaagde in het geding verschijnt en hij zich beroept op de nietigheid van het exploot van dagvaarding, de rechter dit beroep kan verwerpen indien naar zijn oordeel het gebrek de gedaagde niet onredelijk in zijn belangen heeft geschaad. Dit artikel is ook in hoger beroep van toepassing op grond van artikel 353 lid 1 Rv. Naar het oordeel van het hof hebben de gebreken in beide exploitoren geïntimeerde niet onredelijk in zijn belangen geschaad. Het Hof verwerpt daarom het beroep op nietigheid. Het hof verwijst de hoofdzaak op grond van artikel 73 Rv naar het Gerechtshof 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch.

Literatuur

A.W. Jongbloed, 'Verbeurte van dwangsommen: onmogelijkheid en "eigen schuld"', *TCR 2011-1*, p. 20-26

Hoewel de huidige regeling van de dwangsom ruim dertig jaar bestaat, rijzen zo nu en dan vragen die nog niet eerder zijn opgeworpen en die vervolgens door het Benelux-Gerechtshof of de Hoge Raad moeten worden beantwoord. Een vraag die recent rees, is in hoeverre de rechter rekening mag houden met 'eigen schuld' van de tot betaling van dwangsommen veroordeelde schuldenaar in het kader van 'onmogelijkheid' in de zin van artikel 611d Rv. Onder bijzondere omstandigheden kan de rechter rekening houden met de 'eigen schuld'. Dit zou mogelijk tot onbillijke resultaten kunnen leiden.

M. Ouchene

CMS Derks Star Busmann

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

HR 11 maart 2011, *LJN BN9969*

In dit arrest staat de aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger ex artikel 6:172 BW centraal. Daarnaast wordt de schijn van volmachtverlening ex artikel 3:61 lid 2 BW besproken. In deze bespreking zal alleen worden ingegaan op eerstgenoemde aansprakelijkheidsgrond.

[Betrokkene 1] was als hypotheekadviseur in dienst van [C] B.V. Deze vennootschap was gevestigd op hetzelfde adres als vennootschap [B]. Aan de buitenkant van het gebouw was slechts de naam van [B] vermeld. [Betrokkene 1] heeft verweerder in cassatie, hierna: 'verweerder' geadviseerd over een hypothecaire geldlening. De notaris die deze zaak afwikkelde had een bedrag van € 61.654,43 gestort op een door [betrokkene 1] vermelde bankrekening ten behoeve van verweerder. Achteraf is gebleken dat deze gelden waren overgemaakt op een privérekening van [betrokkene 1]. Deze gelden zijn verweerder dan ook niet toegekomen.

Verweerder vordert schadevergoeding van [B], eiser tot cassatie, hierna: 'eiser', omdat [betrokkene 1] handelde namens [B], onder welke handelsnaam eiser zijn eenmansbedrijf voerde. Verweerder voert aan dat hij zich tot het kantoor van eiser heeft gewend voor advies en dat hem toen niet is medegedeeld dat [betrokkene 1] in dienst was van [C] B.V., daarnaast is met [betrokkene 1] op briefpapier van [B] gecorrespondeerd en stond op het visitekaartje van [betrokkene 1] de naam van assurantiëkantoor [B]. Verder heeft [betrokkene 1] verweerder medegedeeld dat het eerdergenoemde bedrag op een door [B] beheerde depositorekening diende te worden gestort.

Verweerder neemt onder andere het standpunt in dat eiser in de gegeven omstandigheden aansprakelijk is op grond van artikel 6:172 BW. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout jegens een derde inhoudt, ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk is. Eiser voert aan dat [betrokkene 1] niet in dienst was van [B] en dat onbevoegd gebruik is gemaakt van zijn briefpapier.

De Hoge Raad oordeelt, kort gezegd, dat de kwalitatieve aansprakelijkheid ex artikel 6:172 BW restrictief moet worden uitgelegd. Er bestaat in casu geen aansprakelijkheid op grond van bovengenoemd artikel omdat [betrokkene 1] niet heeft gehandeld ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden. Het oordeel van het hof dat aansprakelijkheid ook bestaat indien de derde in de gegeven omstandigheden deze bevoegdheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen is volgens de Hoge Raad dan ook onjuist.

HR 1 april 2011, *LJN BP1475*

De destijds tienjarige eiseres tot cassatie, hierna: 'eiseres', raakte ernstig gewond doordat zij in haar gezicht werd getrafd door een paard. Het paard was eigendom van verweerder in cassatie, hierna: 'verweerder'. Het paard was tegen betaling in manege [A] ondergebracht ter belering. Verweerder was tegen de gevolgen van wettelijke aanspra-

kelijkheid verzekerd bij verzekeraar VVAA, hierna: 'Verzekeraar'. Verzekeraar heeft conform de overeenkomst – tussen eiseres enerzijds en Verzekeraar en verweerder anderzijds – eiseres een voorschot op de schadevergoeding betaald naar analogie van de Schaderegeling Schuldloze Derde, overigens zonder enige erkenning van aansprakelijkheid.

Eiseres heeft verweerder primair aansprakelijk gesteld op grond van artikel 6:179 BW en subsidiair beroept zij zich op de tussen partijen gesloten overeenkomst. Verweerder heeft in eerste aanleg als verweer gevoerd dat de in artikel 6:179 BW bedoelde aansprakelijkheid niet op hem rust maar op [A], gelet op artikel 6:181 BW. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat in sommige gevallen niet de bezitter maar diegene die het bedrijf uitoefent en de zaak dus exploiteert aansprakelijk is voor de schade. De rechtbank heeft dit verweer gegrond bevonden maar verweerder toch veroordeeld tot schadevergoeding op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst. In hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat verweerder tegenover eiseres niet aansprakelijk is op grond van artikel 6:179 BW, omdat ingevolge artikel 6:181 BW de in artikel 6:179 BW bedoelde risicoaansprakelijkheid is komen te rusten op [A]. Het paard was niet slechts gestald in manege [A], maar [A] had het paard ook onder zich om het in het kader van haar bedrijfsvoering tegen betaling te 'beleren'. Het hof oordeelde met betrekking tot de overeenkomst dat de rechtbank deze te ruim had uitgelegd. Het hof heeft verweerder daarom ook op dit punt in het gelijk gesteld.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad als volgt. Indien schade wordt aangeroepen door een dier dan is ingevolge artikel 6:179 BW de bezitter van het dier voor die schade aansprakelijk, behoudens een succesvol verweer op grond van de 'tenzij-clausule' aan het slot van dit artikel. Bij beantwoording van de vraag wie aansprakelijk is doet niet ter zake of degene die dit bedrijf uitoefent bezitter dan wel houder van het dier is, en ook niet of het doel waartoe het dier wordt gebruikt bijna is bereikt.

Rb. Assen, sector kanton, 15 maart 2011, LJN BP8079

Gedaagde heeft in de webshop van eiseres fietsonderdelen geselecteerd die hij wilde kopen. Deze heeft hij vervolgens in het virtuele winkelmandje toegevoegd. Nadat hij de knop 'bestelling voltooien' had aangeklikt kreeg hij een overzicht te zien van de kosten. Gedagde heeft hierop besloten de fietsonderdelen niet meer bij eiseres te kopen. Eiseres stelt zich op het standpunt dat de koopovereenkomst op dat moment al tot stand was gekomen. Volgens eiseres verplicht die koopovereenkomst gedaagde om op voorhand de koopsom en de verzendkosten te betalen. Gedagde heeft echter geweigerd om deze kosten te betalen. Partijen zijn verdeeld over de vraag of hier een koopovereenkomst tot stand is gekomen.

De kantonrechter heeft vastgesteld dat in casu sprake is van een 'koop op afstand' in de zin van artikel 7:46a BW. Artikel 7:46d BW bepaalt dat de koper gedurende zeven werkdagen na ontvangst van de gekochte zaak het recht heeft de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Tussen partijen staat vast dat geen levering van de bestelde fietsonderdelen heeft plaatsgevonden. De kantonrechter heeft daarom geoordeeld dat gelet op de termijn in artikel 7:46d BW, een koper ook voor ontvangst van de zaak bevoegd is om de koopovereenkomst te ontbinden. In de gegeven omstandigheden was gedaagde daarom bevoegd om de koopovereenkomst te ontbinden.

Literatuur

P. van der Veld, 'De klachtplicht', *Juridisch up to Date* 2011-4, p. 17-19

De Hoge Raad heeft het afgelopen jaar enkele uitspraken gedaan waarin de klachtplicht van artikel 6:89 BW en artikel 7:23 lid 1 BW aan de orde is gekomen. De klachtplicht wordt in dit artikel besproken aan de hand van de door de Hoge Raad gewezen arresten van het afgelopen jaar.

J.H. Duyvensz, 'Exoneratie en bewuste roekeloosheid', *WPNR* 2011-6878, p. 225-231

In dit artikel wordt in het kader van een beroep op een exoneratie nader ingegaan op de invulling van het begrip bewuste roekeloosheid.

Chr.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011-1, p. 5-21

In deze kroniek wordt de belangrijkste rechtspraak op het terrein van verjaring en stuiting weergegeven en besproken.

M. Ouchene
CMS Derks Star Busmann