

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

In eerste aanleg gegeven bevel met dwangsom kan in hoger beroep – met terugwerkende kracht – worden vervangen door eenzelfde bevel op andere grondslag

HR 12 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:268

De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het de appèlrechter vrijstaat een in eerste aanleg uitgesproken veroordeling in hoger beroep te vervangen door eenzelfde veroordeling, berustend op een andere rechtsgrond, met handhaving van de datum van ingang waarvoor de eerste veroordeling gold, ook als daaraan een dwangsom is verbonden, mits de veroordeling op de nieuwe rechtsgrond niet meer of andere gedragingen bestrijkt dan de eerdere. Van belang was in dit arrest dat van een 'andere veroordeling' (als bedoeld in HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437) geen sprake was; het verbod en de nevenveroordelingen waar de dwangsom aan gekoppeld was, hadden weliswaar een andere grondslag dan in eerste aanleg (modelrecht in plaats van auteursrecht), maar de inhoud van de veroordelingen was hetzelfde (de termijn voor het verbod was zelfs korter).

Ambtshalve toetsing, verhouding tussen de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied

HR 26 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:340

De Hoge Raad overwoog in HR 13 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:691) dat de appèlrechter gehouden is ambtshalve na te gaan of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG), óók als hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. Volgens het Nederlands appèlprocesrecht behoort de rechter immers

recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren. De appèlrechter is dus niet tot dit ambtshalve onderzoek gehouden als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. In dat geval is de appèlrechter niet bevoegd om over die vordering een beslissing te geven.

Deze beslissing is in de literatuur verschillend opgevat; dit betreft met name de zin dat volgens het Nederlands appèlprocesrecht de rechter recht van openbare orde in beginsel ook behoort toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren. In de onderhavige zaak tracht de Hoge Raad de onduidelijkheid weg te nemen. De Hoge Raad oordeelde dat de begrippen niet met elkaar te vereenzelvigen zijn. Het verschil tussen beide komt in een geval als het onderhavige naar voren wanneer de appellant vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is. De als recht van openbare orde aan te merken regels van de richtlijn vallen in dat geval buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appèl. De appèlrechter is niet bevoegd of gehouden tot het onderzoek of een bepaald beding dat op zichzelf onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt, als oneerlijk in de zin van de richtlijn heeft te gelden, indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. Indien de in eerste aanleg gegeven beslissing over een bepaald onderdeel van de vordering buiten de grenzen van de rechtsstrijd in appèl valt, zodat die beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen, moet dit

door de appèlrechter worden gerespecteerd, ook als die beslissing mede berust op een beding dat (mogelijk) oneerlijk is in de zin van de richtlijn.

Voor wat betreft de onderhavige zaak oordeelde de Hoge Raad dat het hof, ondanks het ontbreken van een grief tegen het oordeel van de kantonrechter dat het boetebeding geen oneerlijk beding was in de zin van de richtlijn, het boetebeding ambtshalve had moeten toetsen aan de richtlijn, nu eiser met zijn beroep op matiging tegen de toewijzing van de gevorderde boete was opgekomen. Eiser had namelijk in de appèldagvaarding gevorderd dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de vorderingen alsnog worden afgewezen.

Doorbreekingsgronden; de appellabiliteit van de beslissing tot heropening voorlopig getuigenverhoor t.b.v. uitvoeren rogatoire commissie

HR 26 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:344

Tegen de toewijzing van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor is volgens artikel 188 lid 2 Rv geen hogere voorziening toegelaten. Degene die in weerwil van dit verbod een rechtsmiddel instelt, is daarin niet-ontvankelijk, tenzij een beroep wordt gedaan op een zogenoemde doorbreekingsgrond (vgl. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7430). In de onderhavige zaak kwam (onder meer) de vraag aan de orde of bij de beoordeling van het hoger beroep van de beslissing tot heropening van een voorlopig getuigenverhoor bij een rogatoire commissie, de appellabiliteitsregels gelden die worden toegepast bij de beslissing tot toewijzing van het getuigenverhoor bij rogatoire commissie, of dat in dat verband aansluiting dient te worden gezocht bij de regels van het voorlopig getuigenverhoor, waar het appèlverbod van artikel 188 lid 2 Rv onderdeel van uitmaakt.

De Hoge Raad oordeelde dat de regels omtrent het voorlopig getuigen-

verhoor van toepassing zijn, ongeacht of heropening van het voorlopig getuigenverhoor wordt verzocht voor het horen van in Nederland dan wel in het buitenland wonende getuigen. De beslissing tot heropening van het voorlopig getuigenverhoor wordt volgens de Hoge Raad dus bestreken door het appèlverbod van artikel 188 lid 2 Rv. De omstandigheid dat tegen de toe- of afwijzing van een verzoek tot het gelasten van een rogatoire commissie wel een rechtsmiddel openstaat, doet hieraan volgens de Hoge Raad niet af.

Faxapparaat gerecht draait fax niet uit; hoger beroep niet-ontvankelijk?

*HR 19 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:296*

Het ging in deze zaak over een verzoekschrift dat per post na verstrijken van de appèltermijn is binnengekomen bij het hof. Verzoekster voerde echter aan dat zij deze al eerder binnen de termijn per fax heeft ingediend. Ten bewijze daarvan heeft zij een verzendbevestiging overgelegd, waaruit volgt dat de fax die dag succesvol door haar advocaat is verzonden naar de griffie van het hof op de locatie Arnhem. De Hoge Raad oordeelde dat uit artikel 33 lid 3 Rv volgt dat de ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie van het gerecht voldoende is om de fax van het bericht als door het gerecht ontvangen aan te merken, nu het gerecht de verantwoordelijkheid voor dat apparaat draagt als bedoeld in die bepaling. Een storing of defect van dat apparaat waardoor het bericht niet wordt uitgedraaid, komt niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient.

Indien het faxapparaat op de griffie het tijdstip van ontvangst niet registreert, kan dit tijdstip ook op andere wijze komen vast te staan, zoals een verzendbevestiging. De enkele constatering dat het bericht niet door het faxapparaat van het gerecht is uitgedraaid kan daarom de niet-ontvankelijkverklaring niet dragen, aldus de Hoge Raad.

Aanvangstijdstip verjaring; verzuim van het hof om het uitgangspunt van beide partijen in oordeel te betrekken

*HR 12 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:334*

In deze zaak zijn beide partijen ervan uitgegaan dat tussen hen in geschil is of een als gevolg van een aansprakelijkstelling op 19 mei 2003 aangevangen verjaring tijdig is gestuit door een brief van 3 april 2008. Het hof had derhalve de brief van 19 mei 2003 en het eensluidende uitgangspunt van partijen omtrent het tussen hen bestaande geschilpunt in zijn oordeelsvorming moeten betrekken.

Incidenteel verzoek tot zekerheidsstelling voor proceskosten in hoger beroep

*HR 19 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:298*

Op grond van artikel 224 Rv kan een partij een vordering tot het stellen van zekerheid voor de volvoering van de proceskosten indienen als zijn wederpartij geen woonplaats of gewone verblijfplaats heeft. In deze zaak had de wederpartij weliswaar haar statutaire zetel in Nederland, maar had zij haar vestigingsadres in een land dat niet is aangesloten bij het Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954 en was geen verhaal in Nederland mogelijk voor de proceskosten.

De Hoge Raad overwoog dat het hof ten onrechte de wederpartij had bevolen tot zekerheidsstelling. Niet was in geschil dat de wederpartij statutair gevestigd is in Nederland. Dit brengt mee dat zij, gezien artikel 1:10 lid 2 BW, woonplaats heeft in Nederland.

Tweemaal hoger beroep tegen hetzelfde vonnis

*HR 25 maart 2016,
ECLI:NL:HR:2016:505*

In deze zaak was in hoger beroep akte niet-dienen verleend wegens het niet-tijdig nemen van de memorie van grieven. Op het moment van de akte niet-dienen van grieven was de appèltermijn echter nog niet verstreken. Eiser had daarom – binnen de appèltermijn – nogmaals hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de kantonrechter.

De Hoge Raad oordeelde dat het vaststond dat het tweede hoger beroep tijdig en op de juiste wijze is ingesteld, zodat eiser in beginsel daarin kan worden ontvangen. Dit hoger beroep heeft zelfstandige betekenis en heeft alle rechtsgevolgen die de wet aan een regelmatig ingesteld hoger beroep verbindt (vgl. HR 9 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2953, r.o. 3.5, NJ 1999/699 en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3061, r.o. 3.4.3, NJ 2003/418).

De Hoge Raad gaf twee uitzonderingen. De appellant is desalniettemin in een dergelijk tweede hoger beroep niet-ontvankelijk (i) indien het instellen daarvan in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de eisen van een goede procesorde of (ii) indien de behandeling daarvan niet te verenigen valt met een beslissing die inmiddels is gegeven in het eerder ingestelde hoger beroep.

Voor het maken van een van deze uitzonderingen bestond in deze zaak geen grond. Het instellen van een tweede hoger beroep was niet in strijd met de eisen van een goede procesorde. In verband met het niet-tijdig nemen van een memorie van grieven in het eerste hoger beroep had eiser immers belang bij het tweede hoger beroep (dat dus nietodeloos werd ingesteld). Voorts is door het instellen van dat beroep geen in dit verband te beschermen processueel belang geschaad, aldus de Hoge Raad.

Evenmin kon volgens de Hoge Raad worden gezegd dat de behandeling van het tweede hoger beroep niet valt te verenigen met de beslissing die het hof heeft gegeven in zijn arrest in het eerste hoger beroep. Die beslissing hield immers slechts in dat eiser in het eerste hoger beroep niet-ontvankelijk was wegens het niet-tijdig dienen van grieven. Dat arrest bevat derhalve geen beslissing waarmee de behandeling van het tweede hoger beroep niet te verenigen zou zijn, zoals een inhoudelijke behandeling van het eerste hoger beroep.

Literatuur

H. Koster, 'Het vernieuwde Nederlandse arbitragerecht (I), (II) en (III)', Bb 2016, afl. 5

In een aantal bijdragen wordt aandacht besteed aan de herziene Ne-

derlandse arbitragewetgeving. Er zijn drie bijdragen in deze reeks.

**P. van der Veen,
'Verbestuurlijking van de
rechterlijke organisatie', *NJB*
2016/443, afl. 9**

*Zie ook: Netherlands Commercial Court
start 1 januari 2017 (Advocatenblad
nieuwsbrief)*

De gang van zaken rond het plan van de Raad voor de rechtspraak tot vergaande ontmanteling van zeven rechtbanken heeft de rechterlijke organisatie in verschillende opzichten geschaad. In dit artikel wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de analyse van het probleem en aan een oplossing daarvan. Tot dat doel wordt kort stilgestaan bij de ontwikkeling van de bestuursstructuur van de rechterlijke macht. Ter vergelijking komt daarbij ook aan de orde de afwijken-de koers die de Hoge Raad in dit opzicht heeft gevaren.

**N. de Boer, 'De beroeps-
aansprakelijkheid van de advocaat:
Barbertje moet hangen?', *ORP*
2016, afl. 2**

De auteur bespreekt de beroepsaansprakelijkheid van een advocaat vanuit drie relaties: de overeenkomst van opdracht tussen het advocatenkantoor en de cliënt, de verzekeringsovereenkomst tussen het kantoor en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de arbeidsrechtelijke relatie tussen de advocaat en het kantoor. Zij bespreekt twee recente arresten van de Hoge Raad en gaat in op de vragen wie kan worden aangesproken voor een beroepsfout van een advocaat, of aansprakelijkheid kan worden uitgesloten en of ook 'derden' zich kunnen beroepen op een aansprakelijkheidsuitsluiting.

**'Europees platform voor online
geschillenbeslechting', *Recht.nl*
19 februari 2016**

De Europese Commissie heeft een platform gelanceerd om consumenten en handelaars te helpen om geschillen over zowel nationale als grensoverschrijdende online aankopen te beslechten. De geschillen worden voor de nationale instanties voor alternatieve geschillenbeslechting (ADR) gebracht die bij het platform zijn aangesloten. Op dit moment zijn 117 ADR-instanties in 17 lidstaten aangesloten. Elk geschil-

lenorgaan hanteert eigen regels en procedures.

**'Werken aan een toekomst-
bestendig stelsel gesubsidieerde
rechtsbijstand', *Rijksoverheid.nl*,
Nieuws, 15 februari 2016**

Bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie is 15 februari een werkconferentie gehouden over de gesubsidieerde rechtsbijstand om vast te stellen wat nodig is voor een toekomstbestendig stelsel, waarbij de toegang tot het recht gegarandeerd blijft. Minister Van der Steur van Veiligheid en Justitie heeft de werkconferentie georganiseerd naar aanleiding van het verschijnen van het rapport 'Herijking rechtsbijstand – Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand' van de Commissie-Wolfsen eind 2015.

*D.D. Zorab-Castelijns
CMS*

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

**Beroepsaansprakelijkheid notaris
onhaalbare leveringsdatum;
verhouding tussen beslissingen in
hoofd- en vrijwaringszaak**

*HR 19 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:270*

De Hoge Raad bevestigde in deze zaak het oordeel van het hof dat de notaris uit hoofde van zijn notariële zorgplicht eisers had moeten wijzen op de noodzaak van de toestemming van de vve en hen had moeten adviseren de leveringsdatum niet vast te leggen voordat die toestemming zou zijn verkregen. De informatie- en adviesplicht van de notaris strekt ertoe eisers te behoeden voor het risico van een vertraging ingeval een aantal eigenaren toestemming afhankelijk zou stellen van een gelijktijdige oplossing van andere problemen. De Hoge Raad overwoog dat aldus niet valt in te zien dat verwezenlijking van dit risico voor eigen rekening van eisers zou komen en op de voet van artikel 6:101 BW in mindering zou strekken van de op de notaris rustende schadevergoedingsplicht wegens schending van informatie- en adviesplicht.

Een andere grief zag op de afwijzing door het hof van de vordering van eisers om het notariskantoor te veroordelen tot al hetgeen waartoe eisers in de hoofdzaak zou worden veroordeeld. De Hoge Raad oordeelde dat deze grief gegrond is, nu de hoofdzaak nog niet was afgedaan en deze vordering afhankelijk is van de uitkomst van de hoofdzaak. Nu de beslissing in verband met het aanhangige hoger beroep nog niet onherroepelijk was, kon het hof niet een definitieve beslissing geven die geen rekening hield met de mogelijkheid van een andere beslissing in de hoofdzaak.

**Handelsovereenkomst; geen
factuur, wel wettelijke handels-
rente, second-opinion-procedure**

*HR 25 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:339*

In deze zaak was geen uiterste dag van betaling overeengekomen en was geen factuur verstuurd voor de verrichte verbouwingswerkzaamheden. Wel is er een ingebrekestelling verstuurd. Uit het arrest volgt dat een ingebrekestelling als een met een factuur vergelijkbaar betalingsverzoek kan worden beschouwd. Aldus heeft het hof de ingangsdatum van de wettelijke handelsrente terecht aan de hand van artikel 6:119a lid 2 BW bepaald.

Partijen hadden in appèl desgevraagd toelating verkregen tot de zogenaamde second-opinion-procedure van het Gerechtshof Den Haag. Deze procedure berust volgens het reglement van het hof op een procesovereenkomst van partijen waarmee het hof per geval akkoord moet gaan. De Hoge Raad gaat in onderhavige zaak in op de cassatie-technische implicaties bij deze appèlprocedure.

Het bijzonder reglement van het hof voorziet erin dat het hof óf zich uitdrukkelijk verenigt met de overwegingen van de rechtbank en die tot de zijne maakt, óf motiveert waarom het tot een ander oordeel komt dan de rechtbank. De omstandigheid dat een uitspraak van het hof is tot stand gekomen in de second-opinion-procedure, is geen beletsel voor de behandeling van een cassatieberoep. Voor zover het hof zich heeft verenigd met de overwegingen van de rechtbank en die tot de zijne heeft gemaakt, kunnen de cassatieklachten zich richten tegen

die overwegingen van de rechtbank en vormen die overwegingen het voorwerp van onderzoek in cassatie. Teneinde te voldoen aan de volgens vaste rechtspraak aan een cassatiemiddel te stellen eisen (zie o.a. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639) zal in de cassatieklachten veelal niet kunnen worden volstaan met verwijzing naar in cassatie bestreden onderdelen van het arrest van het hof en eventuele stellingen in gedingstukken in hoger beroep, maar zal zo nodig (ook) moeten worden verwezen naar stellingen in de gedingstukken in eerste aanleg en naar overwegingen, oordelen en beslissingen van de rechter in eerste aanleg, aldus de Hoge Raad.

Beletten van de vervulling van een voorwaarde (artikel 6:23 BW) niet aan de orde bij externe oorzaken; Hoge Raad doet zaak zelf af

HR 5 februari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:200
Voor het beletten van de vervulling van een voorwaarde in de zin van artikel 6:23 lid 1 BW is vereist dat de niet-vervulling van de voorwaarde is veroorzaakt door toedoen van de partij die daarbij belang heeft. Indien de niet-vervulling haar oorzaak vindt in andere omstandigheden dan de gedragingen van die partij, is van beletten in de zin van artikel 6:23 lid 1 BW geen sprake. In deze zaak stelde eiser de Gemeente Sittard-Geleen aansprakelijk wegens het feit dat de gemeente geen koopovereenkomst met hem was aangegaan toen hij te kennen had gegeven gebruik te willen maken van een koopoptie betreffende een perceel bouwgrond. De gemeente verweerde zich met de stelling dat zij niet gehouden was een koopovereenkomst met eiser aan te gaan, omdat aan een tweetal voorwaarden voor aankoop niet was voldaan. Het ging onder meer om de voorwaarde dat 50% van het op de grond te bouwen kantoorpand verhuurd moest zijn (de '50%-verhuurdvoorwaarde'). Eiser had zich hiertegen op het standpunt gesteld dat de gemeente een door hem beoogde huurder, Thuiszorg, zou hebben overgehaald elders te gaan huren, waardoor de gemeente de vervulling van de voorwaarde had belet en deze als vervuld moet worden beschouwd.

De Hoge Raad stelde voorop dat Thuiszorg hoe dan ook, dus ook als zij niet zou zijn benaderd door de gemeente, ervoor zou hebben gekozen om af te zien van de huur van eiser, vanwege de keuze van Thuiszorg om te fuseren met een andere thuiszorgorganisatie, Orbis, en met haar huisvestigingsbeleid zou hebben moeten meegaan. Gelet op dit feit kan niet worden geoordeeld dat de gemeente de vervulling van de 50%-verhuurdvoorwaarde in de zin van artikel 6:23 lid 1 BW heeft belet.

De Hoge Raad oordeelde dat het feit dat bij de besluitvorming van Orbis en daardoor bij die van Thuiszorg (nog wel) mede het beleid van de gemeente een rol heeft gespeeld om alle zorginstellingen op één plaats te huisvesten, onvoldoende is om te oordelen dat het terugtrekken door Thuiszorg als huurder door toedoen van de gemeente is veroorzaakt. Dat terugtrekken berustte immers, zo overweegt de Hoge Raad, op een eigen afweging van Thuiszorg, terwijl niet valt in te zien dat de gemeente zich van dat beleid zou hebben moeten onthouden.

Schadevergoeding wegens ontbinding handelstransactie; geen wettelijke handelsrente (artikel 6:119a BW)

HR 15 januari 2016,
ECLI:NL:HR:2016:70
In deze zaak had verweerster een kraan verkocht aan de vennootschap ILC. Er ontstonden vervolgens problemen over de betaling van de koopprijs, waarna verweerster de koopovereenkomst ontbond. De rechtsverhouding tussen partijen werd ingevolge een beding in de koopovereenkomst beheerst door het Weens Koopverdrag en aanvullend door nationaal Nederlands recht. Verweerster vorderde, kort gezegd, haar gemiste winst op de verkoop vermeerderd met wettelijke handelsrente op grond van een toerekenbare tekortkoming van ILC. In cassatie klaagde ILC dat het hof heeft miskend dat de verplichting tot vergoeding van wettelijke handelsrente ingevolge artikel 6:119a BW geldt indien betaling van het op grond van de betreffende handelsovereenkomst verschuldigde bedrag niet-tijdig plaatsvindt, maar niet een geval als het onderhavige, waarin sprake is van verplichting tot scha-

devergoeding in verband met de ontbinding van een handelsovereenkomst.

De Hoge Raad oordeelde dat artikel 6:119a BW toepassing mist nu het in dit geval gaat om een toewijzing van een vordering tot schadevergoeding in verband met de ontbinding van een handelsovereenkomst (zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:40, NJ 2013/368). De Hoge Raad voegde daar nog aan toe dat uit het Weens Koopverdrag niet het tegendeel voortvloeit. Artikel 78 van het verdrag bepaalt slechts dat in geval van vertraging in de voldoening van een geldsom rente verschuldigd is, zonder de hoogte daarvan te specificeren.

Literatuur

K.L. Maes, 'Over de toepassing én grenzen van de mededelingsplicht bij dwaling', *Bb* 2016/10, afl. 4
Op grond van artikel 6:228 lid 1 onderdeel b BW kan een overeenkomst worden vernietigd indien de wederpartij in verband met hetgeen zij wist of behoorde te weten de dwalende had behoren in te lichten. De auteur legt in deze bijdrage de mededelingsplicht uit.

J.W.M.K. Meijer, 'Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling – Proefschrift van mr. S.R. Damminga', *MvV* 2016, afl. 1

In deze bijdrage wordt het proefschrift van Damminga besproken, waarin hij de vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling opnieuw plaatst in het wettelijk systeem, daarbij geïnspireerd door het Duitse recht.

D.D. Zorab-Castelijns
CMS