

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Prejudiciële vragen inzake kort geding

HR 3 juni 2016,
ECLI:NL:HR:2016:1087

In dit arrest formuleert de Hoge Raad enkele regels met betrekking tot de kortgedingprocedure naar aanleiding van de volgende prejudiciële vragen van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag:

1. Zijn art. 125-127 respectievelijk 249-250 Rv van (overeenkomstige) toepassing in kort geding?
2. Hoe verhouden die bepalingen zich in dat geval tot elkaar?
3. Hoe moet in kort geding art. 249 lid 2 Rv worden toegepast?
4. Maakt het verschil of het gaat om art. 1019h Rv?
5. Is griffierecht verschuldigd?
6. Gelding van art. 9 Procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie; is overgangrecht nodig?

Ad 1. Naar de letter van de wet is de Tweede titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing op het kort geding in eerste aanleg. Het kort geding heeft echter als spoedprocedure een eigen karakter, dat onder meer tot uitdrukking komt in de bijzondere bepalingen van art. 254-259 Rv. Dit eigen karakter brengt volgens de Hoge Raad mee dat het kort geding in eerste aanleg wordt beheerst door eigen processuele regels die weliswaar zijn geënt op de wettelijke regeling van de bodemprocedure, maar daarvan toch in diverse opzichten afwijken. De bepaling van art. 125 lid 1 Rv, dat het geding aanhangig is vanaf de dagvaarding, leent zich volgens de Hoge Raad niet voor toepassing op het kort geding in eerste aanleg omdat de eiser eerst aan de voorzieningenrechter een dag en een uur dient te vragen voor de behandeling van het kort geding (art. 254 lid 2 en 3 Rv) en niet steeds een dagvaarding behoeft te worden

uitgebracht (art. 255 lid 2 en 3 Rv). Het kort geding in eerste aanleg kent in zoverre een eigen Procesreglement. In de regel wordt al voordat de dagvaarding wordt uitgebracht, aan de gedaagde mededeling gedaan van het voorgenomen kort geding, alsmede van de datum en het tijdstip van behandeling daarvan, en zodra hij van de inhoud van de conceptdagvaarding op de hoogte is gesteld, is de zaak aanhangig, dan wel de dagvaarding uitgebracht. Zaken die in kort geding in eerste aanleg worden behandeld, worden niet op de rol ingeschreven. Dat zou niet passen bij de hiervoor bedoelde flexibele procesvoering en daaraan bestaat bovendien geen behoefte, aangezien de zaak al administratief bij de voorzieningenrechter bekend is voordat de dagvaarding wordt uitgebracht. Volgens de Hoge Raad zijn art. 125-127 en 249-250 Rv aldus niet rechtstreeks op het kort geding in eerste aanleg van toepassing. Ook een overeenkomstige toepassing van die bepalingen in kort geding kan niet worden aangevaard omdat zij in diverse opzichten te zeer zijn toegesneden op de bodemprocedure. Volgens de Hoge Raad bieden deze bepalingen wel aanknopingspunten voor de regels die hierna met betrekking tot de intrekking van een kort geding in eerste aanleg worden gegeven. Opmerking verdient dat art. 125-127 en 249-250 Rv wel van toepassing zijn in het hoger beroep van het kort geding, dat wel een behandeling op de rol kent en waarmee die bepalingen wel stroken.

Ad 2 en 3. Blijkens hetgeen hiervoor is overwogen, zijn art. 125-127 en 249-250 Rv niet rechtstreeks of overeenkomstig van toepassing in kort geding. De Hoge Raad formuleert daarom regels die in kort geding in eerste aanleg hebben te gelden. Deze regels zijn naar inhoud en strekking vergelijkbaar met die van art. 125-127 en 249-250 Rv. De aanhangigheid van het kort geding komt in beginsel te vervallen door een mededeling van de eiser aan de gedaagde, strekkende tot intrekking van het kort geding. Indien de eiser

het kort geding intrekt komt de aanhangigheid daarvan niet te vervallen indien de gedaagde tijdig aan de eiser en de voorzieningenrechter mededeelt dat het geding desondanks doorgang dient te vinden omdat hij een beslissing van de voorzieningenrechter omtrent de proceskosten verlangt. Indien de gedaagde niet al voor de aangezegde datum een mededeling als zojuist bedoeld tot de eiser en de voorzieningenrechter richt, staat hem daartoe nog een termijn ten dienste van veertien dagen na de datum waartegen hij was opgeroepen. Indien de gedaagde een vergoeding van zijn proceskosten van de eiser verlangt, en de eiser betwist dat de gedaagde voor vergoeding in aanmerking komende proceskosten heeft gemaakt of de hoogte daarvan bestrijdt, ligt het op de weg van de gedaagde om de kosten te specificeren en aannemelijk te maken. Deze vordering is volgens de Hoge Raad – afgezien van het bepaalde in art. 1019h Rv – niet toewijsbaar buiten de in art. 241 Rv getrokken grenzen. Het is aan de voorzieningenrechter overgelaten of hij het noodzakelijk acht dat dit geschil over de proceskosten ter terechtzitting wordt behandeld. Indien de gedaagde, na het aanhangig maken van de zaak, erin toestemt te voldoen aan hetgeen wordt gevorderd, kan de eiser een beslissing omtrent de proceskosten verkrijgen door ter terechtzitting te verschijnen. Opmerking verdient nog dat het vonnis van de voorzieningenrechter over de proceskosten met inachtneming van de wettelijke grenzen vatbaar is voor hoger beroep, en uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. In dit verband is de appèlgrens van € 1750 (overeenkomstig) van toepassing omdat het antwoord op de vraag in welke gevallen hoger beroep openstaat, dient te worden afgeleid uit de regels welke toepasselijk zouden zijn indien de desbetreffende vordering ten principale bij de gewone rechter zou worden ingesteld (HR 3 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4175, NJ 1982/184).

Ad 4. Hetgeen over de proceskosten is overwogen, geldt volgens de Hoge Raad ook in procedures betreffende rechten van intellectuele eigendom waarin art. 1019h Rv van toepassing is, met inachtneming van de bijzonderheden van de in deze bepaling vervatte regeling. In dit verband wordt opgemerkt dat, zoals het Gerechtshof Den Haag in r.o. 4.11 van zijn arrest van 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4556 heeft overwogen, art. 1019h Rv in gevallen als hier bedoeld van toepassing kan zijn hoewel de eiser die het geding heeft ingetrokken, strikt genomen niet de 'in het ongelijk gestelde partij is', omdat dit geval voor de toepassing van deze bepaling daarmee op één lijn moet worden gesteld. De gedaagde kan als de in het ongelijk gestelde partij worden aangemerkt. Eveneens terecht heeft dat hof overwogen dat het in eerste aanleg gehanteerde indicatietarief voor de begroting van de advocaatkosten als uitgangspunt kan gelden. Voorts kan een veroordeling op de voet van art. 1019h Rv slechts plaatsvinden voor zover de voorbereidende werkzaamheden (ook voor nog niet verrichte proceshandelingen) betrekking hebben op geschilpunten die onder het bereik van deze bepaling vallen. De kosten die worden gemaakt om de kosten van het ingetrokken kort geding te doen vaststellen, vallen niet onder dat bereik en dienen dus te worden begroot met toepassing van het liquidatietarief.

Ad 5. De eisende partij is, gelet op art. 3 lid 1 Wgbz, griffierecht verschuldigd als het kort geding niet is ingetrokken voor uitroeping van de in art. 254 lid 3 Rv bedoelde terechtzitting, of als op het geschil over de proceskosten door de voorzieningenrechter wordt beslist. De gedaagde partij is volgens diezelfde bepaling griffierecht verschuldigd als zij na de uitroeping van de zaak ter terechtzitting in kort geding is verschenen of als op het geschil over de proceskosten door de voorzieningenrechter wordt beslist.

Ad 6. In verband met hetgeen de Hoge Raad hiervoor heeft overwogen, volgt dat de tweede zin van art. 9.1 Procesreglement in strijd is met de aan het systeem van de wet ten grondslag liggende uitgangspunten die gelden ten aanzien van het kort

geding in eerste aanleg. Deze bepaling is dus in zoverre onverbindend (vgl. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1078, NJ 2015/209, Pilot-reglement Gerechtshof 's-Hertogenbosch). Volgens de Hoge Raad moet aangenomen worden dat het zich tot dusver, althans tot aan de uitspraak van het hiervoor aangehaalde arrest van het Gerechtshof Den Haag, herhaaldelijk zal hebben voorgedaan dat een gedaagde, na ontvangst van het bericht dat een reeds aanhangig kort geding wordt ingetrokken, tevergeefs een kostenveroordeling van de eiser heeft gevorderd, of daarvan heeft afgezien op grond van de overweging dat zodanige vordering kansloos zou zijn. De vraag of een zodanige vordering alsnog kan worden gedaan, dient voor het desbetreffende kort geding zelf ontkennend te worden beantwoord voor gevallen waarin de hiervoor genoemde termijn van veertien dagen inmiddels is verstreken. In die gevallen is immers het kort geding niet meer aanhangig. Na het verstrijken van die termijn kunnen de desbetreffende kosten evenmin in een afzonderlijke procedure worden gevorderd (vgl. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, r.o. 3.4.2). De Hoge Raad ziet echter aanleiding om als overgangsmaatregel een uitzondering op dat laatste te aanvaarden voor vorderingen in reeds aanhangige afzonderlijke procedures en voor vorderingen in afzonderlijke procedures die aanhangig worden gemaakt binnen een termijn van drie maanden na heden.

Verbod van reformatio in peius na verwijzing

HR 20 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:922
Verweerster, de wederpartij van 4-Ward, hield aandelen in A en had zich bij overeenkomst verplicht tot overdracht van deze aandelen aan 4-Ward. 4-Ward klaagt dat zij na haar eerste geslaagde cassatieberoep in een ongunstiger positie is komen te verkeren omdat de prestatie waarop 4-Ward aanspraak maakte door het faillissement van A vrijwel geen economische waarde meer vertegenwoordigde. Deze klachten falen. Volgens de Hoge Raad is de ongunstige positie waarin 4-Ward door het thans in cassatie bestreden arrest is gekomen ten opzichte van

zowel het arrest van het Gerechtshof Den Haag als het vonnis van de rechtbank, voor een deel het gevolg van het volharden in het verweer tegen de door verweerster gevorderde ontbinding van de overeenkomst. Door het honoreren van dat verweer is tegenover de door de Rechtbank respectievelijk het Gerechtshof Den Haag in verband met de ontbinding toegekende schadevergoeding het recht op nakoming van de overeenkomst blijven staan. Dat de prestatie van verweerster uit die overeenkomst voor 4-Ward geen waarde meer had doet hieraan volgens de Hoge Raad niet af. Het 'verbod van reformatio in peius' biedt naar het oordeel van de Hoge Raad geen bescherming tegen een daling van de economische waarde die de prestatie van de wederpartij heeft voor degene die hoger beroep respectievelijk beroep in cassatie instelt. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Verjaring van bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van in proces-verbaal van verificatievergadering opgenomen vordering

HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:759
In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad de vraag of de verjaringstermijn van twintig jaar van art. 3:324 BW van toepassing is op de tenuitvoerlegging van een in een proces-verbaal van verificatievergadering opgenomen vordering bevestigend. Volgens art. 3:324 BW verjaart de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een rechtelijke of arbitrale uitspraak door verloop van twintig jaar. Volgens de Hoge Raad kan uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat art. 196 Fw ertoe strekt de in het proces-verbaal van de verificatievergadering vastgelegde erkenning van een vordering op één lijn te stellen met de toewijzing van een vordering in een rechterlijk vonnis, mits de schuldenaar die vordering niet heeft betwist. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de relevante passages uit de wetsgeschiedenis niet dat is beoogd om de gelijkstelling van het proces-verbaal van de verificatievergadering met een rechterlijk vonnis te beperken tot de executoriale kracht van deze titels. Voorts is volgens de Hoge Raad van belang dat verificatie van vorderingen, waarvan het

resultaat wordt vastgelegd in het proces-verbaal van de verificatievergadering, met de nodige waarborgen is omkleed. Zo is de curator gehouden de bij hem ingediende vorderingen te onderzoeken (art. 111 Fw), waarna hij de door hem goedgekeurde vorderingen op een lijst van voorlopig erkende vorderingen plaatst (art. 112 Fw). Vervolgens vindt een verificatievergadering plaats, onder leiding van de rechter-commissaris en de gefailleerde woont de verificatievergadering in persoon bij (art. 116 Fw). Het proces-verbaal van de verificatievergadering wordt ondertekend door de rechter-commissaris en de griffier (art. 121 lid 3 Fw). De strekking van art. 196 Fw en de hiervoor genoemde waarborgen rechtvaardigen volgens de Hoge Raad dat het proces-verbaal van de verificatievergadering – voor zover het betreft de vorderingen die blijken dat proces-verbaal op de voet van art. 121 lid 1 Fw zijn erkend en niet door de gefailleerde op de voet van art. 126 Fw zijn betwist – ook op het punt van de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging daarvan op één lijn wordt gesteld met een rechterlijk vonnis.

Rechtswisseling na mondelinge behandeling

HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663
Verduidelijking HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181.
De Hoge Raad heeft de door hem in arrest van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181) gegeven regels met betrekking tot de mondelinge behandeling na een rechtswisseling verduidelijkt. In het arrest van 2014 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, in beginsel behoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, teneinde 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 een of meer rechters noodzakelijk blijkt, dient het gerecht dit aan partijen mee te delen. Par-

tijen hebben dan de gelegenheid een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. Volgens de Hoge Raad bestaat voor toepassing van deze regels geen grond in een geval waarin sprake is van een wisseling van een van de rechters na een op een eerdere mondelinge behandeling gevolgde uitspraak, en indien aan de verdere beoordeling van het geschil een tweede mondelinge behandeling voorafgaat. In die tweede behandeling kunnen partijen immers desgewenst de geschilpunten waarop in de vorige uitspraak nog niet was beslist, opnieuw of nader aan de orde stellen ten overstaan van de rechters die over die geschilpunten beslissen. De Hoge Raad ziet echter aanleiding ter verduidelijking van het arrest van 2014 nog het volgende op te merken. De situatie dat de uitspraak die volgt op een mondelinge behandeling een beslissing inhoudt over de geschilpunten die bij de mondelinge behandeling aan de orde zijn gekomen doet zich niet steeds voor. De uitspraak kan een beslissing inhouden over slechts een gedeelte van de geschilpunten of zelfs uitsluitend strekken tot nadere instructie van de zaak. De ratio van de in het arrest van 2014 gegeven regels is dat hetgeen tijdens de mondelinge behandeling is verhandeld, daadwerkelijk wordt meegewogen in de vervolgens te nemen beslissing. Daarvan uitgaande zou in dergelijke gevallen de verplichting van het gerecht om aan partijen mededeling te doen van een rechtswisseling – in de plaats daarvan of ook – moeten komen te gelden voor de volgende uitspraak of uitspraken waarin (wel of tevens) wordt beslist over de geschilpunten die in de mondelinge behandeling aan de orde zijn gekomen. In dit verband is echter ook van belang dat de rechtspraak – in het bijzonder de administratie van de gerechten – is gediend met een eenvoudig werkbaar stelsel. Een stelsel waarin telkens op zaaksinhoudelijke gronden moet worden beslist of aan partijen mededeling moet worden gedaan van een rechtswisseling, is volgens de Hoge Raad niet eenvoudig werkbaar. Een afweging aan de hand van de hiervoor vermelde gezichtspunten brengt volgens de Hoge Raad mee dat moet worden aanvaard dat de verplichting van

het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechtswisseling, vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt. Een uitspraak, ook indien deze slechts strekt tot instructie van de zaak, leidt immers tot een nieuwe fase in de procedure. Partijen kunnen zelf een afweging maken of in geval van een rechtswisseling een nadere mondelinge behandeling gewenst is en in bevestigend geval naar een eventuele rechtswisseling informeren. De rechter beslist op een verzoek om een nadere mondelinge behandeling. Daarbij blijft uitgangspunt dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, dient te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. Dit uitgangspunt blijft gelden zolang niet is beslist op de geschilpunten die bij de mondelinge behandeling aan de orde zijn gekomen, en kan dus ook de fase van de procedure omvatten waarin op het gerecht niet meer de verplichting rust om aan partijen mededeling te doen van een rechtswisseling. De voorwaarden die in het arrest van 2014 zijn gesteld aan de afwijzing van een verzoek om een nadere mondelinge behandeling, kunnen dan ook tot de einduitspraak een rol blijven spelen. Wel neemt het gewicht van het hierboven genoemde uitgangspunt af naarmate in tussenuitspraken verdergaand is beslist op de geschilpunten die bij de mondelinge behandeling ter sprake zijn gekomen. Zoals in het arrest van 2014 is overwogen, weegt ook het belang van een voortvarende procesvoering mee bij de beoordeling van verzoeken om een nadere mondelinge behandeling na een rechtswisseling. De regels van het arrest van 2014 zien niet op de comparitie na aanbrengen in hoger beroep.

Recht op inzage in boekhouding ex art. 3:15j BW

HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:612
In deze procedure beantwoordt de Hoge Raad de vraag of sprake is van een rechtstreeks en voldoende belang in de zin van art. 3:15j BW wanneer een schuldeiser inzage in

de administratie van de failliete vennootschap verzoekt teneinde de aansprakelijkstelling van een (feitelijk) bestuurder van de vennootschap te onderbouwen. De Hoge Raad overweegt dat de vordering binnen het toepassingsgebied van art. 3:15j aanhef en onderdeel d BW blijft nu de vordering van verweerster in de onderhavige procedure strekt tot openlegging van de boekhouding van de failliet en niet tot openlegging van de door de curator gevoerde boekhouding. Daarmee is volgens de Hoge Raad echter nog niet gegeven dat verweerster bij die openlegging ook een rechtstreeks en voldoende belang heeft zoals door die bepaling wordt vereist. Van een dergelijk belang is sprake indien de schuldeiser inzage in de boekhouding van de failliet verlangt teneinde zijn rechtsbetrekking met de failliet – en daarmee met de boedel – nader vast te (doen) stellen, bijvoorbeeld met betrekking tot de hoogte, aard of inhoud van zijn vordering. Indien echter inzage wordt verlangd met het oog op een mogelijk door hem in te stellen vordering tegen een derde, zoals de voormalige beleidsbepaler van een failliete vennootschap, is volgens de Hoge Raad geen sprake van een rechtstreeks en voldoende belang als bedoeld in art. 3:15j BW.

Aansprakelijkheid voor dreiging met tenuitvoerlegging later vernietigd vonnis

HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542

Duck, verzoekster tot cassatie, heeft in eerste aanleg gevorderd zijn wederpartij tot betaling te veroordelen van een bedrag van \$ 93 424,15 zijnde de kosten van afbraakwerkzaamheden ter uitvoering van een later vernietigd vonnis. Deze kosten zijn gemaakt onder dreiging van tenuitvoerlegging van dat vonnis. De vordering is door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie afgewezen. Duck komt in cassatie op tegen deze afwijzing. Onderdeel 1 klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de partij die door dreiging met executie van dwangsommen de wederpartij heeft gedwongen tot nakoming van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in

hoger beroep wordt vernietigd. De Hoge Raad overweegt dat volgens vaste rechtspraak moet worden aangenomen dat de partij die door dreiging met executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis de wederpartij heeft gedwongen tot nakoming van dat vonnis voordat dit in kracht van gewijsde is gegaan, in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd (vgl. onder meer HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603). Volgens de Hoge Raad is de betekening van het vonnis aan de wederpartij ter inleiding van de executie in beginsel voldoende om aan te nemen dat sprake is van dreiging met executie als bedoeld in deze rechtspraak. Door die betekening geeft de executant immers te kennen nakoming van het vonnis te verlangen. Het oordeel van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie valt niet in overeenstemming te brengen met deze regels en aldus vernietigt de Hoge Raad het vonnis en wijst het geding terug.

Literatuur

H. Loonstein, 'Opheffing beslag via artikel 223 Rv', *BER* 2016, afl. 2
De opheffing van een conservatoir beslag kan in kort geding worden gevorderd. Ook is het mogelijk om een vordering tot opheffing van een dergelijk beslag middels een incidentele vordering in de aanhangige bodemprocedure in te stellen. In dit artikel bespreekt de auteur de voor- en nadelen van een incidentele vordering tot opheffing van een conservatoir beslag in vergelijking met het instellen van een dergelijke vordering in kort geding.

B.J. Engberts, 'Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers', *TvI* 2016/10, afl. 2
In dit artikel bespreekt de auteur het bijzondere procesrecht uit de Faillissementswet. Volgens de auteur toont recente jurisprudentie van de Hoge Raad aan dat het beginsel van hoor en wederhoor – ten onrechte – een onderbelichte rol speelt. Daarnaast is volgens de auteur onvoldoende duidelijk of regels uit het Eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – waaronder de regeling voor verzoekschriftprocedures in

titel 3 (zie art. 362 lid 2 Fw) – van toepassing zijn.

R. Philips, 'Litigation funding in faillissement', *TvI* 2016/11, afl. 2
In deze bijdrage bespreekt de auteur de opmars van de procesfinanciering door professionele litigation funders in Nederland. Na een korte bespreking van de aard en herkomst van dit relatief nieuwe fenomeen, bespreekt de auteur het potentiële nut van procesfinanciering voor de faillissementspraktijk. Hiertoe wordt procesfinanciering vergeleken met de alternatieven, zoals financiering door het kantoor van de curator, of – bij voldoende actief – financiering door de boedel, en verkoop van de vordering.

M. Niesen & Y.R.R.R de Mul, 'Arbitraal beding: oneerlijk/onredelijk bezwarend?', *TvA* 2016/24, afl. 2

De auteurs gaan in op de definitie van de begrippen 'oneerlijk bezwarend' en 'oneerlijk'. Vervolgens gaan zij in op de vraag in hoeverre ambtshalve toetsing moet plaatsvinden en op welke gronden het beding vernietigd kan worden.

M.E. Koppenol-Laforce & M.B.A. Hetterscheidt, 'Het belang van processtrategie bij de internationale borgtochtovereenkomst', *WPNR* 2016, afl. 7109

De auteurs geven een korte uiteenzetting van het toepasselijke internationaal-privaatrechtelijke kader bij borgtochtovereenkomsten. Vervolgens geven zij een toelichting op enkele relevante uitspraken en tot slot een aantal aanbevelingen ten aanzien van de te voeren processtrategie.

R.J.G.M. Widdershoven, 'Unitrading Revisited. Oncontroleerbaar bewijs tussen eerlijk proces en doeltreffendheid', *NtER* 2016, afl. 3

In deze bijdrage gaat de auteur in op de uitspraak van het Hof van Justitie in Unitrading en het arrest van de Hoge Raad, en wordt de problematiek van toelaatbaarheid van oncontroleerbaar bewijs in een breder kader geplaatst. Is dat een kwestie van doeltreffendheid van

het Unierecht of toch van een eerlijk proces?

R.J.G. van Brakel
CMS

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Verjaring vordering uit onverschuldigde betaling

HR 3 juni 2016,
ECLI:NL:HR:2016:1052
In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad de vraag op welk moment de verjaringstermijn van de vordering uit onverschuldigde betaling als gevolg van de vernietiging van een rechterlijke uitspraak in eerste aanleg een aanvang neemt. De Hoge Raad overweegt dat uit vaste rechtspraak volgt dat de vernietiging van een rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft en dat de vordering strekkende tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie ontstaat op het moment waarop ter uitvoering van die uitspraak is gepresteerd. Volgens de Hoge Raad is daarmee niet gegeven op welk moment de verjaringstermijn van de vordering uit onverschuldigde betaling een aanvang neemt. Daarentoent bepaalt art. 3:309 BW dat die aanvangt op de dag, volgende op die waarop de schuldeiser met het bestaan van zijn vordering is bekend geworden. In dit verband wijst de Hoge Raad erop dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de regeling van de aanvang van de verjaring van art. 3:309 BW zo veel mogelijk heeft willen doen aansluiten bij die van art. 3:310 BW en dat in het licht daarvan moet worden aangenomen dat deze niet alleen in het teken staat van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid en dat ook voor deze termijn de eis geldt dat deze, gelet op de strekking van de bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot terugbetaling in te stellen (vgl. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112). De terugwerkende kracht die toekomt aan de uitspraak waarbij de veroordeling wordt vernietigd, gaat volgens de Hoge Raad niet zo ver dat die

partij, achteraf bezien, wel geacht moet worden daartoe in staat te zijn geweest. Dat de vordering tot terugbetaling hangende het hoger beroep voorwaardelijk ingesteld kan worden bij de rechtbank en dat de veroordeelde partij in hoger beroep terugbetaling kan vorderen van hetgeen zij ingevolge het vonnis in eerste aanleg mocht hebben voldaan, maakt dat volgens de Hoge Raad niet anders.

Ontbinding en ongedaanmaking wederzijdse prestaties

HR 13 mei 2016,
ECLI:NL:HR:2016:852
Op 1 september 2011 heeft eiser aan verweerder een motorboot verkocht. De koopsom bedroeg € 9950. Het gerechtshof heeft de overeenkomst ontbonden en eiser veroordeeld om aan verweerder € 9950 terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente. Het hof heeft verzuimd om te beslissen over een deel van het gevorderde, namelijk de teruggave van de motorboot aan eiser. De advocaat van eiser had het hof nog verzocht het eindarrest op grond van art. 32 Rv aan te vullen op de grond dat het hof had verzuimd te beslissen over een deel van het gevorderde. Het hof wees dit verzoek af op de grond dat daarop niet meer kan worden beslist, omdat verweerder de motorboot drie weken na het eindarrest blijkt te hebben verkocht en dus niet meer tot teruggave in staat is. De Hoge Raad vernietigt de ongeclausuleerde veroordeling tot terugbetaling van de koopsom en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing terzake naar het hof, teneinde opnieuw op de tot terugbetaling van de koopsom strekkende vordering te beslissen. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat indien eiser zich beroept op de omstandigheid dat de motorboot is verkocht, het hof de mogelijkheid heeft om de voorwaarde die verweerder aan de veroordeling van eiser tot terugbetaling had verbonden daarop kan afstemmen (vgl. HR 22 oktober 1999, NJ 1999/799). In dat verband verdient opmerking dat verweerder ook na het eindarrest van het hof rekening diende te houden met de daaruit voortvloeiende verbintenis tot teruggave van de motorboot (art. 6:273 en 7:10 lid 4 BW).

Opzegging duurovereenkomst

HR 15 april 2016,
ECLI:NL:HR:2016:660
De Stichting Gooisch Natuurreservaat is in 1932 opgericht door een aantal Gooise gemeenten, de Provincie Noord-Holland (eiseressen in cassatie) en Amsterdam. De stichting is eigenaar van ongeveer 40 natuurterreinen in de buitengebieden van de Gooise gemeenten. In 1992 hebben de participanten een overeenkomst met betrekking tot de stichting gesloten. In deze procedure vordert Amsterdam een verklaring voor recht dat zij de participantenovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd per 1 januari 2012, alsmee dat zij geen schadevergoeding verschuldigd is aan de Provincie c.s. in verband met de beëindiging van de participantenovereenkomst. Het gerechtshof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat Amsterdam de participantenovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd. Het gerechtshof heeft daartoe die overeenkomst aangemerkt als in beginsel opzegbaar. Voorts heeft het hof geoordeeld dat de beleidswijziging van Amsterdam in verband met afnemende overheidsmiddelen een toereikende grond is voor de opzegging. Wel heeft het hof de opzegging tegen 1 januari 2012 geconverteerd in een opzegging tegen 1 januari 2017. Tegen het oordeel dat de overeenkomst in beginsel als opzegbaar kan worden aangemerkt, hebben eiseressen een middel gericht. Onderdeel 1.2 van het middel klaagt onder meer dat het hof onvoldoende is ingegaan op de onderbouwing door de Provincie c.s. van hun standpunt dat de participantenovereenkomst niet opzegbaar is. Het onderdeel slaagt. Vaststaat dat Amsterdam medeoprichter van GNR is en dat vertegenwoordigers van Amsterdam deelnemen in het bestuur van GNR. Art. 3 van de statuten van GNR, die met medewerking van Amsterdam zijn tot stand gekomen, bepaalt dat de geldmiddelen van GNR bestaan uit 'de bijdragen van de provincie Noord-Holland en de gemeenten Amsterdam, Blaricum, Bussum, Hilversum, Huizen, Laren en Naarden volgens een verdeelsleutel, die zal worden opgenomen in een tussen genoemde rechtspersonen en de stichting te sluiten overeen-

komst'. Opzegging door een participant van de participantenovereenkomst met als gevolg dat deze zich definitief aan medefinanciering onttrekt, is niet te rijmen met art. 3 van de statuten. Deze statutaire bepaling kan immers niet eenzijdig worden gewijzigd. De samenhang tussen de participantenovereenkomst en art. 3 van de statuten van GNR – waarop in de participantenovereenkomst wordt voortgebouwd – alsmede de samenhang tussen de prestaties waartoe de participanten zich met het oog op het door hen nagestreefde doel over en weer hebben verbonden, rechtvaardigen het vermoeden dat de participantenovereenkomst alleen ertoe strekt om de hoogte van de bijdragen van de participanten te regelen, en dat de participatie zelf naar de bedoeling van de betrokken partijen niet door opzegging van deze overeenkomst kan worden beëindigd. In het licht van de samenhang van de participantenovereenkomst met art. 3 van de statuten, waarop de Provincie c.s. hebben gewezen, is de verwerping door het hof van de door de Provincie c.s. bepleite uitleg van de participantenovereenkomst onbegrijpelijk. In dit verband verdient volgens de Hoge Raad opmerking dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst in beginsel opzegbaar is, ook indien wet en die overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 en HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341). Dit neemt volgens de Hoge Raad niet weg dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar kan zijn, met dien verstande dat de wederpartij van degene die zich op de niet-opzegbaarheid beroept, onder omstandigheden daartegen een beroep kan doen op, kort gezegd, art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW. Voorts verdient opmerking dat op degene die betoogt dat een zodanige overeenkomst niet opzegbaar is, de stelplicht en bewijslast ter zake rusten. Voor die stelplicht en bewijslast gelden volgens de Hoge Raad geen verzwaarde eisen. Indien het hof van een andere maatstaf is uitgegaan bij zijn overweging dat aan de uitleg die de Provincie c.s. voorstaan 'hoge eisen moeten worden

gesteld', berust zijn oordeel op een onjuiste rechtsopvatting.

Bijzondere zorgplicht van bank jegens particuliere borg

HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543
In dit arrest vernietigt de Hoge Raad het vonnis van het Gerechtshof van Justitie en wijst het geding terug. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof blijkt van onjuiste rechtsopvatting voor zover daarin ligt besloten dat Aruba Bank jegens verzoeker geen bijzondere zorgplicht had. De Hoge Raad stelt voorop dat een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. Een particuliere borg behoeft immers bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen (zie de MvT bij art. 7:857 BW, *Parl. Gesch. Boek 7* (Inv. 3, 5 en 6), p. 444). De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die – zoals het hof ten aanzien van verzoeker oordeelde – 'een ervaren zakenman' is, maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. Daarnaast is ook de klacht ter zake het beroep op dwaling gegrond. Het hof had geoordeeld dat voor zover aan de dwaling ten grondslag ligt de veronderstelling dat het faillissement nog zou worden afgewend, sprake is van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art. 6:228 lid 2 Arubaans BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond. Zoals de Hoge Raad in het arrest *Van Lanschot/Bink* heeft geoordeeld, kan een borgstellingsovereenkomst wegens dwaling vernietigbaar zijn wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. De Hoge Raad wees het geding terug.

Literatuur

M.A.J.G. Janssen, 'Borgtocht en de restrictieve uitleg van artikel 1:88 lid 5 BW: HR 18 december 2015, NJ 2016, 29', ORP 2016, afl. 3

In deze bijdrage bespreekt de auteur het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 (*Nooij/ING*). De toestemming van de andere echtgenoot is alleen dan niet vereist, indien de rechtshandeling waarvoor de in art. 1:88 lid 1 onderdeel c BW bedoelde zekerheid wordt gesteld tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap kan worden gerekend.

M. Wallart, 'Drafting tips & skills: aanvullen ter vermijding van de aanvullende werking', ORP 2016, afl. 3

In deze bijdrage gaat de auteur in op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als bron voor (schade)vergoeding.

M.M. van Rossum & A.H. Lamers, 'Complexe rechtsverhoudingen', TOP 2016, afl. 2

In dit artikel onderzoeken de auteurs de problematiek van complexe rechtsverhoudingen vanuit twee perspectieven: de vervlechting van contracten en onrechtmatige daad en de samenhangende overeenkomsten.

E.J.P. Lock, 'De verdeling van stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker; een Nederlands en Europees perspectief', NTBR 2016, afl. 4

Op 18 december 2014 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak gedaan over de bewijslastverdeling in het geval een verstreker van een consumentkrediet tekortschiet in de nakoming van zijn (precontractuele) zorg- en informatieverplichting. In deze bijdrage wordt besproken welke gevolgen deze uitspraak kan hebben voor de wijze waarop binnen het Nederlandse recht in dergelijke gevallen de stelplicht en bewijslast worden verdeeld.

E. van Wechem & J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2016/739, afl. 15

In deze kroniek besteedt de auteur ruime aandacht aan het contractenrecht. Er passeert daarbij een groot

aantal arresten de revue. Op micro-niveau zijn in deze kroniekperiode verschillende ontwikkelingen waar te nemen die op een grotere transparantie (zo niet: modernisering) duiden en welkome inzichten bieden die het justitiabelen mogelijk maken om hun keuzes en beleid daarop af te stemmen.

J.W. Rutgers, 'Kroniek van het Europees privaatrecht', *NJB* 2016/746, afl. 15

In deze bijdrage gaat de auteur in op de ontwikkeling van het Europees privaatrecht. Volgens de auteur ontwikkelt het Europees privaatrecht zich niet in een consistente lijn, omdat harmonisatie uiteenlopende onderwerpen betreft, bijvoorbeeld productaansprakelijkheid, algemene voorwaarden, oneerlijke handelspraktijken. Daarnaast hanteren de richtlijnen niet altijd de dezelfde begrippen. Deze ontwikkeling wordt gecontinueerd door de voorstellen van de Europese Commissie voor de Richtlijn digitale inhoud en de Richtlijn online verkoop. Met betrekking tot de ambtshalve toepassing van regels van Europese oorsprong ontstaat een homogener beeld.

A.M. Morssinkhof, 'Nabestaandenleed, directe schade of indirect gevolg onder Rome II?', *Bb* 2016, afl. 8

In dit artikel gaat de auteur in op de uitleg van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de reikwijdte van het schadebegrip uit art. 4 lid 1 Verordening (EG) 864/2007 inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (bekend als: Rome II).

A.L.B. Colombi Ciacchi & E.A.G. van Schagen, 'Van een optioneel kooprecht naar een volledig geharmoniseerd online en offline digitaal kooprecht?', *NTBR* 2016/22, afl. 5

In deze bijdrage wordt geprobeerd de vraag te beantwoorden of de in december 2015 ingediende, sterk gewijzigde voorstellen, de ontwerp-Richtlijn voor consumentencontracten met digitale inhoud en de ontwerp-Richtlijn inzake online en anderszins op afstand afgesloten contracten voor consumentenkoop, een hogere kans op succes hebben

dan het ingetrokken ontwerp-GEKR.

D.C.P.M. Hellegers, 'Alternatieve en online geschillenbeslechting voor consumenten', *TAV* 2016, afl. 4

Op 18 juni 2013 zijn de Verordening ODR consumenten en de Richtlijn ADR consumenten in het *Publicatieblad van de Europese Unie* verschenen en op 8 juli 2013 zijn beide in werking getreden. Op 9 juli 2015 is de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (de Implementatiewet) in werking getreden. In deze bijdrage bespreekt de auteur deze implementatiewet.

P.A. Fruytier, 'Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmat-jurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte', *MvV* 2016, afl. 5

In geval van opstalaansprakelijkheid kunnen medebezitters elkaar aanspreken, in geval van aansprakelijkheid voor dieren niet. In dit artikel bespreekt en bekritiseert de auteur de *Hangmat*-arresten en onderzoekt de reikwijdte ervan.

R.J.G. van Brakel
CMS