

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Bij pleidooi aangevoerde stellingen rechtvaardigen uitzondering op tweeconclusieregel

HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2567

Bij pleidooi aangevoerde stellingen van appellant tardief wegens strijd met tweeconclusieregel? Is partij in gevoegde procedure partijgetuige?

Casus en hoofdoverwegingen

Van 1992 tot begin 1998 hebben eisers in cassatie door tussenkomst van de Bank, verweerster in cassatie, in valuta en valutaopties gehandeld, waarbij de transacties geschieden op naam en voor rekening van eiseres 1 en eiseres 3. Eiseres 2 trad steeds op als gemachtigde respectievelijk directeur. Er vonden tientallen transacties (van grote omvang) per dag plaats. Vanwege het grote volume in transacties hanteerde de Bank een computerprogramma, in plaats van telkens de marginverplichting te berekenen. Eisers hebben zich tegenover de Bank hoofdelijk verbonden. In het onderhavige geding heeft de Bank in conventie gevorderd dat eisers hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van f 848 118,88. Eisers hebben in reconventie gevorderd de Bank te veroordelen tot betaling van het creditsaldo van f 828 778,16 en tot betaling aan eisers van een schadevergoeding van f 5 671 221,84.

De rechtbank heeft de vordering in conventie voor een deel toegewezen en de vordering in reconventie afgewezen. Het hof heeft bij tussenarrest onder meer – beslissend op een door eisers in de memorie van grieven opgeworpen incident op de voet van artikel 843a Rv – de Bank veroordeeld om aan eisers afschriften over de periode 1 januari 1998-16 april 1998 van een negental bankrekeningen over te leggen. Bij eindarrest heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en eisers hoofdelijk veroordeeld om aan de Bank een bedrag van € 384 859,39 (f 848 118,88) in hoofdsom te betalen en de vorderingen van eisers afgewezen.

Bij pleidooi heeft de advocaat van eisers zich op de inhoud van de overgelegde bankafschriften beroepen, teneinde aannemelijk te maken dat uit die afschriften blijkt dat er op 12 januari 1998 geen sprake was van een liquidatietekort en dat de in dat verband door de Bank gemaakte berekening onjuist is. Het gerechtshof is aan deze stellingen voorbijgegaan omdat deze tardief zouden zijn. Volgens de Hoge Raad slaagt het tegen dit oordeel van het hof ingestelde cassatiemiddel. Het hof had in een tussenarrest geoordeeld dat die afschriften behulpzaam konden zijn om vast te stellen of de liquidatiesaldi onjuist zijn berekend. Bovendien hadden eisers al in hun memorie van grieven betoogd dat zij

deze afschriften daarvoor nodig hadden. Tegen deze achtergrond is het oordeel van het hof dat de op die afschriften gebaseerde bezwaren tardief zijn op de grond dat ze in strijd met de tweeconclusieregel bij pleidooi naar voren zijn gebracht, onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd.

Een ander onderdeel betoogt terecht dat eiseres 2 niet als partijgetuige kan worden aangemerkt voor zover de onderhavige procedure de verhouding tussen de Bank en eiseres 1 betreft. Daaraan doet niet af dat de posities van eisers in deze procedure nauw met elkaar zijn verweven. Het betreft hier immers geschilpunten die ook in afzonderlijke gedingen hadden kunnen worden berecht (vgl. HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8166, NJ 2007/274). Het oordeel van het hof getuigt dus van een onjuiste rechtsopvatting.

Duiding

In dit arrest staan twee onderwerpen centraal. Het eerste onderwerp is de tweeconclusieregel in hoger beroep. Deze regel brengt mee dat nieuwe grieven, verweren, feiten en eiswijzigingen in beginsel in het eerste processtuk in appel naar voren gebracht dienen te worden, op straffe van tardiviteit. Dit wordt door de Hoge Raad 'de in beginsel strakke regel' of tweeconclusieregel genoemd (zie o.a. HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154, m.nt. H.J. Snijders). Het is een appellant bijvoorbeeld niet toegestaan om bij een pleidooi met een nieuw verweer te komen. Eisers probeerden bij pleidooi met een beroep op bankafschriften aannemelijk te maken dat uit die afschriften blijkt dat op 12 januari 1998 geen sprake was van een liquidatietekort en dat de in dat verband door de Bank gemaakte berekening onjuist is. Deze bankafschriften waren overgelegd nadat het hof bij tussenarrest onder meer – beslissend op een door eisers in de memorie van grieven opgeworpen incident op de voet van artikel 843a Rv – de Bank had veroordeeld om aan eisers bankafschriften te verstrekken. Het door eisers bij pleidooi gedane beroep op de inhoud van de overgelegde bankschriften, werd op basis van de tweeconclusieregel buiten toepassing gelaten.

Op 'de in beginsel strakke regel' bestaan uitzonderingen. De Hoge Raad heeft deze uitzonderingen onder andere in zijn arrest van 19 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010/154) geformuleerd. Zo is er met name plaats voor een uitzondering indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de nieuwe grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken, of bijvoorbeeld de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog een grief kan worden aangevoerd. Voorts kan in het algemeen het aanvoeren van een grief of een verandering of vermeerdering van eis na het tijdstip van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de nieuwe grief

of de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist. Volgens de Hoge Raad blijft onverkort gelden dat toelating van de nieuwe grief of de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. Volgens de advocaat-generaal heeft in de onderhavige procedure de rechtsklacht van eisers betrekking op deze laatste uitzondering (PHR 30 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:659, punt 2.13). De Hoge Raad oordeelt dat de klacht gegrond is. Het hof had in zijn tussenarrest geoordeeld dat de overgelegde afschriften behulpzaam konden zijn om vast te stellen of de liquidatiesaldi onjuist zijn berekend. Bovendien hadden eisers al in hun memorie van grieven betoogd dat zij deze afschriften daarvoor nodig hadden. Volgens de Hoge Raad is tegen deze achtergrond het oordeel van het hof dat de op die afschriften gebaseerde bezwaren tardief zijn op de grond dat ze in strijd met de tweeconclusieregel bij pleidooi naar voren zijn gebracht, onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd.

Het tweede onderwerp heeft betrekking op de kwalificatie van een partij als partijgetuige in een gevoegde procedure. In cassatie hebben eisers aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat eiseres 2 in de zaak tussen eiseres 1 en de Bank partijgetuige is. Volgens het onderdeel is eiseres 2 in die zaak, die ook afzonderlijk berecht had kunnen worden, immers geen partij. De kwalificatie als partijgetuige is van belang voor de bewijswaardering. Artikel 164 lid 2 Rv bepaalt dat indien een partij als getuige is gehoord, haar verklaring omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel kan opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. De advocaat-generaal merkt onder verwijzing naar Asser/Asser *Procesrecht* 3, Deventer: Wolters Kluwer 2017/164 op dat indien sprake is van subjectieve cumulatie van gedaagden, waarbij tegen elk van de gedaagden afzonderlijk geprocedeerd had kunnen worden, iedere gedaagde geen partijgetuige is in de zaak tegen de andere gedaagden. Strekking van deze regel is dat voorkomen moet worden dat een eiser door cumulatie van gedaagden een wederpartij willekeurig een getuige uit handen slaat of die getuige tot partijgetuige kan doen devalueren. Deze regel is door het gerechtshof onjuist toegepast en het oordeel van het hof getuigt dus van een onjuiste rechtsopvatting.

R.J.G. van Brakel

Hoger beroep tegen tussenvonnis (niet zijnde een provisioneel tussenvonnis) niet mogelijk zonder verlof rechtbank

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3018

Kon geïntimeerde incidenteel hoger beroep instellen tegen het tweede tussenvonnis zonder toestemming van de rechtbank?

Casus en hoofdoverwegingen

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 25 september 2013 geoordeeld dat Invinco haar zorgplicht jegens

verweerder heeft geschonden en aansprakelijk is voor de daardoor door verweerder geleden schade. De rechtbank heeft tussentijds hoger beroep opengesteld tegen dit vonnis. Invinco heeft op 1 november 2013 hoger beroep tegen het eerste tussenvonnis ingesteld. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 26 februari 2014 geoordeeld dat Invinco in verband met eigen schuld van verweerder 60% van de schade moet vergoeden. Op 29 juli 2014 heeft Invinco een memorie van grieven genomen in hoger beroep tegen het eerste tussenvonnis. Vervolgens heeft verweerder een memorie van antwoord genomen en gelijktijdig incidenteel appel ingesteld tegen het tweede tussenvonnis en daarbij tevens zijn eis gewijzigd.

Het hof heeft bij tussenarrest van 28 oktober 2014 een door Invinco opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het incidenteel appel verworpen, evenals het bezwaar van Invinco tegen de eiswijziging van verweerder. Bij eindarrest heeft het hof naar aanleiding van het incidenteel appel en de gewijzigde eis van verweerder beide tussenvonnissen van de rechtbank vernietigd en Invinco veroordeeld om aan verweerder een bedrag van € 113 000 te betalen. Invinco heeft cassatie ingesteld.

Het hof heeft het eerste tussenvonnis vernietigd in verband met de gewijzigde eis van verweerder en de zaak ex artikel 356 Rv aan zich gehouden. Volgens de Hoge Raad valt niet in te zien waarom, zoals het onderdeel betoogt, het hof eerst de grieven van Invinco tegen het eerste tussenvonnis zou hebben moeten beoordelen en bij verwerping van die grieven de zaak op de voet van artikel 355 Rv zou hebben moeten terugwijzen naar de rechtbank zonder zich te begeven in beoordeling van de gewijzigde eis.

De Hoge Raad oordeelt dat nu verweerder zijn eis had gewijzigd en het hof het verzet daartegen had afgewezen – welke afwijzing in cassatie onaantastbaar is ingevolge artikel 130 lid 2 Rv – het hof bij de beoordeling van het hoger beroep uit diende te gaan van de nieuwe eis. Volgens de Hoge Raad is artikel 356 Rv van toepassing nu de appelrechter de tussenvonnissen vernietigde. Deze bepaling biedt de appelrechter de mogelijkheid om de zaak naar de rechtbank terug te wijzen, maar deze bepaling verplicht hem daartoe niet. Het al dan niet gebruikmaken van de bevoegdheid van artikel 356 Rv is overgelaten aan het beleid van de appelrechter en dat beleid leent zich volgens de Hoge Raad niet voor toetsing in cassatie (vgl. HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1073, NJ 1994/299).

De Hoge Raad oordeelt dat hoger beroep tegen een tussenvonnis als bedoeld in artikel 337 lid 2 Rv slechts kan worden ingesteld tegelijk met dat tegen het eindvonnis, tenzij de rechter die het vonnis heeft gewezen anders heeft bepaald. Het is niet aan de appelrechter om hierop een uitzondering te maken. De rechtszekerheid staat daaraan in de weg (vgl. onder meer HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9442, NJ 2006/432 en HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8327, NJ 2007/595). In het onderhavige geval heeft de rechtbank in of na het tweede tussenvonnis – een tussenvonnis in de zin van artikel 337 lid 2 Rv – geen verlof tot tussen-

tijds hoger beroep verleend. Het stond het hof daarom niet vrij om het incidentele hoger beroep van verweerder tegen dat vonnis in behandeling te nemen.

Duiding

In dit arrest wordt op een aantal aspecten van het hoger beroep tegen tussenvonnissen ingegaan. In de eerste plaats gaat de Hoge Raad in op artikel 355 en 356 Rv. Artikel 355 Rv bepaalt dat als het gerechtshof in hoger beroep een tussenvonnis bekrachtigt, de zaak terug naar de rechter in eerste aanleg wordt verwezen om op de hoofdzaak te beslissen. Bij vernietiging van het tussenvonnis kan de appelrechter beslissen om de zaak aan zich te houden en de zaak zelf verder af te doen (artikel 356 Rv).

Door de rechtbank is op 25 september 2013 een tussenvonnis gewezen, waartegen door de rechtbank ex artikel 337 lid 2 Rv hoger beroep is opengesteld. In deze zaak heeft Invinco op 1 november 2013 hoger beroep ingesteld tegen het eerste tussenvonnis waarin werd geoordeeld dat Invinco aansprakelijk is voor de door verweerder geleden schade. Verweerder heeft in hoger beroep bij memorie van antwoord zijn eis gewijzigd (in die zin dat een concreet bedrag aan schadevergoeding werd gevorderd) en tevens incidenteel appel ingesteld tegen een tweede tussenvonnis van 26 februari 2014, waarin was geoordeeld dat Invinco in verband met eigen schuld van verweerder 60% van de schade moet vergoeden.

Het gerechtshof heeft het eerste tussenvonnis vernietigd in verband met de gewijzigde eis van verweerder en heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid om de zaak ex artikel 356 Rv aan zich te houden. Volgens Invinco was een eiswijziging in tussentijds appel in strijd met de goede procesorde omdat daarmee de regel van artikel 355 Rv werd doorkruist. De Hoge Raad is het daar niet mee eens. De Hoge Raad oordeelt dat (1) een eiswijziging ook mogelijk is in een hoger beroep tegen een tussenvonnis, (2) tegen een beslissing omtrent een eiswijziging ingevolge artikel 130 lid 2 Rv geen hogere voorziening openstaat en (3) dat artikel 356 Rv van toepassing is nu het hof de tussenvonnissen heeft vernietigd en (4) de appelrechter vervolgens de mogelijkheid heeft om de zaak terug te verwijzen of om aan zich te houden en (5) dat beleid zich volgens de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1073, NJ 1994/299 niet leent voor toetsing in cassatie.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op artikel 337 Rv. Lid 1 van dat artikel bepaalt dat van vonnissen waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen of geweigerd hoger beroep kan worden ingesteld voordat het eindvonnis is gewezen. Dit zijn de zogenaamde provisionele tussenvonnissen. Lid 2 bepaalt dat van andere tussenvonnissen (dan vonnissen waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen of geweigerd) slechts hoger beroep kan worden ingesteld tegelijk met die van het eindvonnis, tenzij de rechter die het vonnis heeft gewezen anders heeft bepaald. In deze zaak betreft het tussenvonnissen van de laatste soort.

In deze zaak had de rechtbank tussentijds hoger beroep opengesteld tegen het eerste tussenvonnis van 25 september 2013. Tegen het tussenvonnis van 26 februari 2014 was geen hoger beroep opengesteld. Volgens vaste jurisprudentie kan bij een tussentijds appel ook tegen eerdere tussenvonnissen worden geappelleerd (HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3168). Volgens de Hoge Raad dient de regel van artikel 337 lid 2 Rv strikt te worden toegepast. Het is slechts aan de rechter die het vonnis heeft gewezen om te bepalen dat tussentijds hoger beroep mogelijk is. Het is volgens de Hoge Raad niet aan de appelrechter om hierop een uitzondering te maken omdat de rechtszekerheid daaraan in de weg staat (HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9442).

De rechtbank had in deze zaak geen verlop verleend om tussentijds hoger beroep in te stellen tegen het tweede tussenvonnis en het stond het gerechtshof dan ook niet vrij om het incidentele hoger beroep tegen het tweede tussenvonnis in behandeling te nemen. Volgens de Hoge Raad volgt uit de rechtspraak niet dat een toegelaten tussentijds appel tegen een tussenvonnis mede betrekking kan hebben op een later tussenvonnis. Voor tussentijds hoger beroep tegen zo'n later tussenvonnis dient, binnen de appeltermijn van dat latere tussenvonnis (HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051, NJ 2005/510), afzonderlijk verlop te worden gevraagd (en verleend).

Het cassatiemiddel is dan ook gegrond. Volgens de Hoge Raad kunnen deze klachten echter niet tot cassatie leiden. Weliswaar had het hof niet mogen overgaan tot vernietiging van het tweede tussenvonnis, maar het mocht wel in hoger beroep de gewijzigde eis van verweerder in zijn oordeelvorming betrekken en kon vervolgens, gebruikmakend van de hem in artikel 356 Rv gegeven bevoegdheid, zelf de zaak afdoen. Dit betekent dat de vernietiging door de Hoge Raad van de beslissing van het hof tot vernietiging van het tweede tussenvonnis, niet meer tot een andere uitkomst van de zaak kan leiden, zodat Invinco bij die vernietiging door de Hoge Raad geen belang heeft.

R.J.G. van Brakel

LITERATUUR

Grensoverschrijdend bewijsbeslag

T. Bens

Bron: Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2017, afl. 3, p. 477

In dit artikel analyseert de auteur of door de herschikte EEX-Verordening de Nederlandse rechter verzocht kan worden om een beslagverlop dat tevens ziet op mogelijk in een andere lidstaat gelegen bewijs. Hierbij wordt ook de vordering tot inzage behandeld. Hierna volgen enkele modaliteiten voor de tenuitvoerlegging in een andere lidstaat en de problemen waar een aspirant-beslaglegger tegenaan kan lopen.

Kroniek burgerlijk procesrecht 2016

R. Hendrikse, L. Rammeloo, M. Valk & H. Vestjens

Bron: Advocatenblad (Adv.bl.) 2017, afl. 8, p. 82

Deze Kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2016 zijn gewezen.

Curator en mediation. You can lead a horse to water, but can you make it drink?

B.J. Tideman

Bron: Tijdschrift voor Curatoren (TvCu) 2017, afl. 4

Rechtszaken zijn vaak kostbaar, tijdrovend en hun uitkomst is niet altijd goed te voorspellen. Dit roept de vraag op of het niet verstandig is om te zoeken naar andere, minder tijdrovende en kostbare methodes om insolventiegeschillen op te lossen. In dit artikel bespreekt de auteur andere methodes van geschiloplossing.

Verzet of hoger beroep, dat is de vraag

D. van Dal & C. Slegers

Bron: Advocatenblad (Adv.bl.) 2017, afl. 9, p. 55-57

Meestal is helder welk rechtsmiddel tegen een vonnis moet worden ingesteld. Soms is dat echter niet het geval.

Massaschade en de regelende rechter

T. Hartlief

Bron: Recht.nl, 14 november 2017

Zijn we klaar voor de massaschade regelende rechter? Die vraag rijst bij bestudering van het wetsvoorstel dat ons arsenaal uitbreidt met een collectieverschadevergoedingsactie. Er is al lang een collectieveactiemogelijkheid (artikel 3:305a BW), maar er kan langs die weg geen schadevergoeding vorderen. Zo'n collectieverschadevergoedingsactie is een remedie tegen 'rationele apathie': individuele eisers dienen geen claim in, omdat hun schade te gering is.

*R.J.G. van Brakel
CMS*

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Bedrog en de bescherming van de klachtplicht

HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902

Is de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW van toepassing op een vordering tot schadevergoeding wegens bedrog?

Heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat voor een onrechtmatigedaadsvordering gegrond op bedrog artikel 7:23 BW van toepassing is?

Casus en hoofdoverwegingen

In maart 2002 hebben verweerders in cassatie (aandeelhouders van Prowi Holding B.V.) hun aandelen in Prowi Holding verkocht aan Olimar B.V. i.o. tegen een koopsom van € 8 000 000. Na de levering van de aandelen door verweerders aan Olimar, bleef Olimar een deel van de koopsom verschuldigd aan verweerders. In juli 2002 heeft de advocaat van Olimar aan verweerders geschreven dat deze koopovereenkomst tot stand is gekomen door onder meer bedrog van de zijde van verweerders. In september 2002 is Olimar failliet verklaard. De curator van Olimar heeft in februari 2012 de vordering tot schadevergoeding op verweerders ter zake van het gestelde bedrog overgedragen aan MBS.

De advocaat van MBS heeft in maart 2012 de verjaring van alle aanspraken en vorderingen van MBS tegen verweerders gestuit.

MBS vordert in deze procedure schadevergoeding van verweerders. Zij heeft daartoe gesteld dat verweerders zich bij de verkoop van de aandelen schuldig hebben gemaakt aan bedrog en andere onrechtmatige handelingen. De rechtbank heeft de vordering van MBS afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Volgens het hof had MBS de feiten die zij aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, ook ten grondslag kunnen leggen aan de stelling dat de geleverde aandelen niet aan de overeenkomst beantwoordden en is de vordering aldus op grond van artikel 7:23 lid 2 BW verjaard. Daartegen richt zich het cassatieberoep van MBS.

De Hoge Raad overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat artikel 7:23 lid 2 BW mede geldt ter bescherming van de belangen van de verkoper tegen iedere rechtsvordering van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag (tevens) een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd. Daarmee strookt dat het onbenut laten verstrijken van de in artikel 7:23 lid 1 BW bedoelde termijn ook in de weg staat aan een verweer of vordering op grond van dwaling, gebaseerd op feiten die eveneens de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Artikel 7:23 lid 1-3 BW houdt voor het begin van de verjaringstermijn uitdrukkelijk rekening met het geval dat de verkoper opzettelijk een onjuiste indruk over de eigenschappen van de zaak heeft gewekt. Gelet hierop, en mede in het licht van de parlementaire geschiedenis weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal, is de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW ook van toepassing op een vordering gebaseerd op bedrog waaraan feiten ten grondslag liggen die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. De verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW is slechts niet van toepassing op een vordering wegens bedrog voor zover deze is onderbouwd met feiten die zelfstandig, dat wil zeggen los van de feiten die de toewijzing van een non-conformiteitsvordering kunnen dragen, bedrog opleveren.

Duiding

In dit arrest staat de vraag centraal of de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW van toepassing is op een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad bestaande uit bedrog. Het ging in deze procedure niet om de vraag of de overeenkomst wegens bedrog kon worden vernietigd.

Voor de beantwoording van deze vraag verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis die door de A-G mr. L. Timmerman uitvoerig wordt besproken. De conclusie van mr. Timmerman is dat wanneer hij de parlementaire geschiedenis van artikel 7:23 BW overziet, het hem voorkomt dat de wetgever bedrog niet heeft

willen uitsluiten van de werking van dit artikel. Verder verwijst de Hoge Raad naar een aantal arresten waarin hij zich ook heeft uitgesproken over de reikwijdte van artikel 7:23 BW.

In het arrest *Inno Holding/Gemeente Sluis* (ECLI:NL:HR:2006:AW2582) heeft de Hoge Raad over de vraag beslist of artikel 7:23 lid 2 BW ook geldt voor rechtsvorderingen die feitelijk zijn gegrond op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, maar die (tevens) op de grondslag van onrechtmatige daad is gebaseerd. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat de onrechtmatige daad van de Gemeente was gelegen in de levering aan de vennootschap van verontreinigde grond die door de Gemeente aan de vennootschap is verkocht als schone grond die geschikt is voor de beoogde bebouwing. Aldus houdt de feitelijke grondslag van de vordering uit onrechtmatige daad in dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt en wordt deze rechtsvordering beheerst door de verjaringsregel van artikel 7:23 lid 2 BW. Het oordeel van het hof, dat op de onderhavige vordering uit onrechtmatige daad artikel 7:23 lid 2 BW niet van toepassing is, heeft de Hoge Raad in die zaak dus niet gevolgd.

Dat artikel 7:23 lid 2 BW ook van toepassing kan zijn op een vordering op grond van onrechtmatige daad, bevestigde de Hoge Raad ook in het arrest *Ploum/Smeets* (ECLI:NL:HR:2007:BB3733). In dit arrest had de verkoper de non-conformiteit verzwegen. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 6:89 en 7:23 lid 1 en 2 BW gelden voor *iedere rechtsvordering* van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd. Verder heeft de Hoge Raad in *Pouw/Visser* (ECLI:NL:HR:2007:AZ7617) geoordeeld dat artikel 7:23 lid 1 BW ook van toepassing kan zijn op een vordering op grond van dwaling gebaseerd op feiten die eveneens de stelling zouden kunnen rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Daaruit blijkt dat de Hoge Raad dus al eerder heeft bevestigd dat artikel 7:23 BW van toepassing kan zijn op in principe iedere vordering – inclusief een vordering uit onrechtmatige daad of dwaling – die feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst. In de onderhavige zaak wordt de vordering echter niet (tevens) gebaseerd op de stelling dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, maar op de stelling dat in het geheel geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, als geen bedrog zou zijn gepleegd. De Hoge Raad oordeelt echter dat voor de verjaring van een rechtsvordering op grond van artikel 7:23 lid 2 BW niet van belang is of daadwerkelijk de stelling wordt ingenomen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt of dat er wordt gekozen voor een vordering op grond van de stelling dat geen koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. Zolang de *feitelijke grondslag* maakt dat ook *gekozen had kunnen worden* voor een vordering gegrond op de stelling dat de afgeleverde zaak niet aan

de overeenkomst beantwoordt, geldt de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW.

Als gezegd heeft de Hoge Raad in deze uitspraak geoordeeld dat de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW van toepassing is op een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad bestaande uit bedrog. Mede in het licht van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, is het aannemelijk dat de Hoge Raad ook van mening is dat artikel 7:23 lid 2 BW geldt voor vernietigingsacties gebaseerd op grond van bedrog, indien een dergelijke vordering feitelijk is gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst.

L. van Bohemen

Tussentijdse aanpassingen en de redelijkheid en billijkheid

HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566

Is het beroep op integrale nakoming van een oorspronkelijke overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

Heeft het hof miskend dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vereist dat rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval?

Casus en hoofdoverwegingen

De Stichting exploiteert het museum Hermitage Amsterdam en sluit met Hermitage Café een samenwerkingsovereenkomst voor de exploitatie door Hermitage Café van de horecagedeelten in de gebouwen van het museum, waaronder restaurant Neva. Vanaf eind 2012 onderhandelen partijen over het wijzigen van de avondopenstelling van Neva en over de door Hermitage Café aan de Stichting te betalen vaste en variabele vergoedingen, mede vanwege de achterblijvende resultaten van de avondopenstelling. Vanaf mei 2013 is Neva in de avonden gesloten voor publiek. De Stichting stemde hiermee in onder de voorwaarde dat partijen overeenstemming bereiken over de vergoedingen. Partijen bereiken echter geen overeenstemming. Op 30 november 2013 sommeert de Stichting Hermitage Café zich te houden aan de oorspronkelijk overeengekomen avondopenstelling. Hieraan voldoet Hermitage Café niet.

De Stichting vordert in rechte ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst, ontruiming van de horecagedeelten en schadevergoeding. De kantonrechter wijst de vorderingen van de Stichting toe, waarna Hermitage Café de horecagedeelten in mei 2015 ontruimt. Het hof vernietigt het vonnis, wijst de vorderingen van de Stichting af en veroordeelt haar tot vergoeding van de door Hermitage Café geleden schade als gevolg van de ontbinding en ontruiming. Volgens het hof is het beroep van de Stichting op de overeengekomen avondopenstelling in de gegeven omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, waardoor de Stichting niet tot ontbinding en ontruiming kon overgaan. Hier tegen richt zich het cassatieberoep met een rechtsklacht en een motiveringsklacht. Het hof zou hebben miskend

dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vereist dat rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Deze klachten falen.

De Hoge Raad overweegt dat het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang beschouwd en dus niet heeft miskend dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vereist dat rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Daarnaast is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de Stichting, toen Hermitage Café met het laatste voorstel niet instemde, onverkort teruggreep op een structurele avondopenstelling op de wijze zoals was overeengekomen in juni 2009. In het oordeel van het hof ligt besloten dat de afspraak over de structurele avondopenstelling naar het oordeel van beide partijen achterhaald was en dat de Stichting in redelijkheid niet van Hermitage Café kon verwachten dat deze zou instemmen met het voorstel van de Stichting (extra vergoeding aan de Stichting van 20% van de omzet in de avonduren), omdat avondexploitatie onder die omstandigheden nooit rendabel zou zijn. Daarnaast had het op de weg van de Stichting gelegen om in nader overleg met Hermitage Café, eventueel met behulp van een mediator (zoals in de overeenkomst was voorzien), tot een voorstel over de avondopenstelling te komen dat commercieel aanvaardbaar zou zijn voor zowel de Stichting als Hermitage Café.

Duiding

De vraag die in dit geding centraal staat is of het beroep op integrale nakoming van een oorspronkelijke overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechtsklacht in cassatie is dat het hof in zijn beoordeling van deze centrale vraag zou hebben miskend dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vereist dat rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Bovendien zou het hof zijn oordeel onvoldoende hebben gemotiveerd. De Hoge Raad verworpt zowel de rechtsklacht als de motiveringsklacht. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad contrair aan de conclusie van de A-G. De A-G is namelijk van mening dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd en concludeert tot vernietiging en verwijzing. Deze conclusie van de A-G is gebaseerd op de omstandigheid dat toen:

‘Hermitage Café was geconfronteerd met het door de Stichting verlangde percentage over de “extra” inkomsten in de avonduren, bovenop de verhoogde vaste bijdrage en de verlaging van de omzetgrens, heeft zij bij e-mail van 19 november 2013 aan de Stichting bericht dat is besloten af te zien van commerciële exploitatie van het restaurant in de avonduren. Met de daaropvolgende stappen (de sommatie van 30 november 2013 en de dagvaarding van 5 maart 2014), heeft de Stichting kennelijk op die beslissing van Hermitage Café gereageerd. Volgens het hof had Hermitage Café “gezien de in addendum I overeengekomen exploitatieplicht gedurende de avonduren in haar e-mail van 19 november 2013 niet zonder meer (...) mogen weigeren mee te werken aan enige avondopenstelling (...)”.

De A-G is met de Stichting van mening dat bij deze stand van zaken niet valt in te zien waarom het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat de Stichting ‘onverkort’ teruggreep op de in addendum I overeengekomen exploitatieplicht gedurende de avonduren. Mede omdat deze exploitatieplicht nu eenmaal tot een avondopenstelling voor het publiek strekte zolang over een andere invulling daarvan geen overeenstemming was bereikt.

De Hoge Raad overweegt dat het hof zijn oordeel naar behoren heeft gemotiveerd. Het oordeel van het hof dat het onverkort teruggrijpen naar een structurele avondopenstelling voor het publiek op de wijze zoals in 2009 was overeengekomen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is gebaseerd op kort gezegd de volgende omstandigheden van het geval: (i) dat de structurele avondopenstelling van Neva achterhaald was doordat was gebleken dat de omzet achterbleef bij de verwachtingen, (ii) dat gedurende de onderhandelingen steeds het uitgangspunt werd gehanteerd dat Neva in de avonduren zou worden gesloten, (iii) dat ineens op de oude afspraken werd teruggevalen, namelijk de avondopenstelling van Neva voor het publiek, (iv) dat partijen op andere belangrijke elementen van de overeenkomst wel een akkoord hadden bereikt, zoals de vaste en variabele vergoedingen, (v) dat partijen hadden geanticipeerd op de nieuwe afspraken door Neva alvast in de avonduren te sluiten, (vi) dat partijen waren overeengekomen dat zij in geval van een ernstig geschil zouden trachten het geschil in goed overleg te beslechten en zo nodig met behulp van een mediator, en (vii) dat partijen deze weg niet hebben gevolgd.

Het arrest zegt inhoudelijk niets nieuws over de uitleg van het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid, maar het is een bevestiging van de manier waarop de regel tot op heden wordt uitgelegd. Het arrest is echter alsnog noemenswaardig, omdat de werking van de redelijkheid en billijkheid niet snel door de rechter wordt aangenomen. Het arrest geeft daarom een mooi voorbeeld van omstandigheden van het geval waarbij op grond van de redelijkheid en billijkheid wel van de overeenkomst zou mogen worden afgeweken en integrale nakoming van de (oorspronkelijke) overeenkomst onaanvaardbaar is.

L. van Bohemen

LITERATUUR

Schijn van vertegenwoordiging: naar een nadere invulling van het risicobeginsel

P. Fruytier

Bron: Maandblad voor Vermogensrecht (MvV) 2017, afl. 7/8

De Hoge Raad wees dit jaar maar liefst drie arresten over de gerechtvaardigde schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van voor risico van de pseudovertegenwoordigde komende omstandigheden: het risicobeginsel. In dit artikel wordt tot een nadere invulling van het begrip ‘risico’ gekomen. Daartoe wordt allereerst de leer van de Hoge Raad besproken en de drie recente arresten waarin het risicobeginsel

centraal staat. Vervolgens wordt een aanzet voor een verdere invulling van het risicobeginsel gedaan.

Kroniek van het vermogensrecht T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2017/1905, afl. 35

Het 'kabbelde' wat in het contractenrecht. Dat kan niet gezegd worden van het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht. De Hoge Raad heeft zich op die laatste rechtsgebieden stevig gemanifesteerd. Hij verschaftte duidelijkheid wat betreft de verhouding tussen artikel 6:174 en 6:162 BW en ook met betrekking tot artikel 6:170 BW. Verder viel er een mogelijke nuance te ontdekken in de toepassing van de Vleesmeesters/Alogdoctrine en was er een verrassend arrest over schadebegroting bij de beëindiging van een franchiseovereenkomst. Ook een interessante uitspraak over bezit en een knap staaltje wetgeving in een arrest over de vraag wanneer sprake is van een kwaliteitsrekening.

Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (III)

J. Hijma

Bron: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR) 2017, afl. 7166

Deze beschouwing is gewijd aan een aantal ontwikkelingen op het terrein van het algemene overeenkomstenrecht (het rechtshandelingenrecht daaronder begrepen), zoals die van medio 2015 tot medio 2017 in de jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden kunnen worden gesignaleerd.

De collectieve schadevergoedingsactie: een effectief wapen voor claimstichtingen in oorlogstijd?

F. de Geus

Bron: Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur (TvOB) 2017, afl. 5

In dit artikel wordt de vraag gesteld of het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie beantwoordt aan zijn doel. Eerst wordt het huidige juridisch kader waarbinnen belangenorganisaties opereren bij de afwikkeling van massaschade besproken. Vervolgens worden de hoofdlijnen van de procedure die volgt uit het wetsvoorstel geschetst. Tot slot wordt ingegaan op de bijdrage die het wetsvoorstel levert aan de huidige wettelijke voorzieningen die de afwikkeling van massaschade mogelijk maken dan wel bevorderen.

Alternatieve vergoedingssystemen in personen-schadezaken en slachtofferbehoeften

R. Rijnhout

Bron: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR) 2017/39, afl. 9

Als serieus wordt overwogen slachtoffers anders tegemoet te komen dan via het aansprakelijkheidsrecht, moet daaraan voorafgaand worden nagegaan of een alternatief vergoedingssysteem eigenlijk wel (beter) tegemoet zal komen aan slachtofferbehoeften. De eerste stap die moet worden gezet om deze discussie vooruit te brengen, is het inzichtelijk maken van wat al bekend is over de werking van alternatieve vergoedingssystemen. De centrale vraag die deze bijdrage poogt te beantwoorden, luidt: wat kunnen wij leren van het reeds verrichte onderzoek naar de werking van alternatieve

vergoedingssystemen, vertrekkend vanuit de behoeften van slachtoffers en hun ervaringen?

*L. van Bohemen
CMS*