

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Over het belang van het betrekken van de juiste partij bij reconventionele vorderingen

HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:485

Casus en hoofdoverwegingen

In januari 2007 wordt door koper een machine voor bosbouwwerkzaamheden gekocht voor € 271.736,- (hierna: de koopovereenkomst). De orderbevestiging van de koopovereenkomst bevat het KvK-nummer van de verkoper. Onder dat nummer staat V.O.F. A ingeschreven. Op 1 augustus 2010 wordt V.O.F. A samen met betrokkene 3 vennoot van een nieuw opgerichte V.O.F. (voor het gemak: V.O.F. B). V.O.F. A en B zijn slechts te onderscheiden middels het KvK-nummer op de facturen omdat zij dezelfde bedrijfsnaam hanteren.

In december 2011 zijn facturen aan de koper gestuurd betreffende werkzaamheden en leveranties ten behoeve van de machine. Deze facturen waren blijkens de opdruk ervan afkomstig van V.O.F. B. In reactie hierop heeft de koper V.O.F. A laten weten dat de machine gebreken vertoonde die nog niet waren hersteld. De facturen van V.O.F. B werden niet betaald.

V.O.F. B vordert vervolgens in conventie betaling van de facturen tot een bedrag van € 23.559,15. In reconventie vordert de koper primair vernietiging, dan wel ontbinding van de koopovereenkomst, terugbetaling van de koopprijs en schadevergoeding op grond van ondeugdelijkheid van de machine. De rechtbank heeft de vorderingen van V.O.F. B in conventie gedeeltelijk toegewezen. In reconventie heeft de rechtbank de koopovereenkomst vernietigd en V.O.F. B veroordeeld tot betaling aan de koper van € 184.615,84.

In hoger beroep krijgt de koper een spreekwoordelijke deksel op zijn neus. In conventie wordt de koper veroordeeld tot betaling van € 23.559,15 en in reconventie worden de vorderingen van de koper alsnog afgewezen. Koper mocht er volgens het hof niet zomaar van uitgaan dat V.O.F. B dezelfde vennootschap was als V.O.F. A. of dat V.O.F. B in de plaats was gesteld van V.O.F. A als verkopende partij bij de koopovereenkomst.

Omdat de koper V.O.F. A niet (op tijd) in de procedure heeft betrokken, lopen de vorderingen jegens V.O.F. A

inmiddels spaak wegens verjaring. De koper voert daarom in cassatie aan dat V.O.F. A, als vennoot van V.O.F. B, ook in reconventie kan worden veroordeeld. Op dat punt stelt de Hoge Raad een strikte grens: een reconventionele vordering kan slechts worden ingesteld tegen een processuele wederpartij.

De andere klacht van de koper slaagt wel. Het hof had volgens koper mee moeten wegen dat V.O.F. B tijdens de procedure in eerste aanleg nimmer heeft aangevoerd dat de vordering tegen de verkeerde partij zou zijn ingesteld. Sterker nog, V.O.F. B heeft in haar processtukken in eerste aanleg helemaal geen onderscheid gemaakt tussen V.O.F. A en V.O.F. B. Aan de hand van de gedingstukken en de proceshouding van V.O.F. B zal opnieuw moeten worden beoordeeld of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat V.O.F. B pas in hoger beroep aanvoert dat koper zijn reconventionele vordering tot een andere partij dient te richten.

Duiding

Het is partijen toegestaan om in hoger beroep nieuwe verweren aan te voeren. Het hoger beroep is immers gebaseerd op het uitgangspunt dat een partij de gelegenheid krijgt om in eerste aanleg aanvoerde standpunten te verbeteren of aan te vullen.¹ Onder omstandigheden kan er sprake zijn van strijd met een goede procesorde indien het gaat om een radicale koerswijziging. Het is dus niet uitgesloten dat de appelrechter aan processueel gedrag in eerste aanleg, eventueel in samenhang met een voorafgaand aan het geding aangenomen houding, de slotsom verbindt dat een procespartij het recht heeft verloren voor het eerst in appel een bepaald standpunt in te nemen.²

Net zoals in het onderhavige geval bij V.O.F. A en B komt het maar al te vaak voor dat verwarring ontstaat omtrent de hoedanigheid van partijen, al dan niet opzettelijk.³ Het maskeren van de juiste (contracts- of proces)partij kan er immers toe leiden dat een vordering jegens deze partij verjaart. Een misleidende proceshouding moet dan ook op de een of andere manier worden bestraft. Het kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat een procespartij zich voor het eerst in hoger beroep op de stelling beroept dat de vordering aan de verkeerde partij is gericht. Desalniettemin moet de rechter met rechtsverwerking zeer terughoudend omgaan.⁴ Arresten zoals de onderhavige waarin veel aanknopingspunten zijn te vinden die pleiten vóór rechtsverwerking, zijn dan ook schaars.

1. E.D. van Geuns & M.V.E.E. Jansen, 'Samenloop met andere leerstukken', in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 348 Rv, aant. 3.
2. Eerder geoordeeld in: HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3912.
3. Bijvoorbeeld: HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6550 (*Jansen/Fruitsud*).
4. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3912.

De Hoge Raad biedt overigens een oplossing voor gevallen waarbij de verkeerde partij in rechte is betrokken. In rechtsoverweging 3.1.3. benadrukt de Hoge Raad dat de koper middels artikel 118 Rv de rechter had kunnen verzoeken de andere vennoten in het geding te betrekken. Voor het geven van die gelegenheid dient er connexiteit tussen de vordering in conventie en reconventie te bestaan en dient de proceseconomie gebaat te zijn bij gezamenlijke afdoening.⁵ De Hoge Raad geeft aan dat de rechter ook ambtshalve kan overgaan tot het bieden van die gelegenheid indien een zodanige vordering in reconventie is ingesteld.⁶ De rechter kan daartoe in een geval als het onderhavige ook voor het eerst in hoger beroep overgaan, mits de reconventionele vordering in eerste aanleg reeds was ingesteld (vgl. art. 353 lid 1 Rv). Indirect geeft de Hoge Raad daarmee aan dat het hof deze mogelijkheid ambtshalve had moeten onderzoeken. Dat is hier niet gebeurd.

In deze zaak is de vordering jegens V.O.F. A inmiddels verjaard, zij was immers niet in rechte betrokken. Die weg is aldus afgesneden. De Hoge Raad biedt in dit arrest een opening om V.O.F. B niettemin aansprakelijk te houden voor de schuld van V.O.F. A omdat V.O.F. B in een zeer laat stadium heeft aangevoerd dat zij niet de juiste partij was.

L. Luggens

Nieuw: het gerecht dient een rechterswisseling na de mondelinge behandeling altijd voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak mede te delen aan partijen

HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472

Casus en hoofdoverwegingen

Een mooi voorbeeld van 'beter goed gejat dan slecht bedacht'. In 2005 bedenkt assurantietussenpersoon To Concept samen met Studenten.net een speciale zorgverzekering voor studenten: 'de Studententpolis'. Voor dit idee benaderen zij in mei 2005 zorgverzekeraar CZ. CZ gaf te kennen niet van plan te zijn om een aanvullende jongerenverzekering op individuele basis aan te bieden. To Concept en Studenten.net lanceren daarna op 6 december 2005 de Studententpolis via diverse publiciteit genererende campagnes. Op 12 december 2005 is CZ naar buiten getreden met het bericht dat zij een 'Jongerenpolis' op de markt brengt met nagenoeg dezelfde dekking als de Studententpolis. To Concept vordert vervolgens in geding een verklaring voor recht dat CZ jegens haar wanprestatie heeft gepleegd, althans onrechtmatig heeft gehandeld.

Bij de Hoge Raad spitst de discussie zich toe op de rechterswisselingen die in deze procedure hebben plaatsgevonden. To Concept wijst erop dat geen van de raadsheren bij wie het pleidooi is gehouden, het eindarrest heeft mee gewezen.

In lijn met eerdere jurisprudentie zet de Hoge Raad in dit arrest nauwgezet uiteen hoe er met een rechterswisseling moet worden omgegaan. Een rechterlijke beslissing die mede wordt gebaseerd op een voorafgaande mondelinge behandeling behoort in beginsel te worden gegeven door de rechters die daarbij aanwezig waren. Indien tussen de mondelinge behandeling en de daaropvolgende uitspraak vervanging van een of meer rechters noodzakelijk blijkt, moeten partijen daarover voorafgaand aan die uitspraak worden ingelicht, onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Elk van de ter zitting verschenen partijen zal in dat geval een nadere mondelinge behandeling mogen verzoeken ten overstaan van de rechter(s) die de uitspraak zullen wijzen.

De Hoge Raad komt in dit arrest terug op een overweging in een eerder arrest uit 2016. Toen oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt en dat het na een uitspraak aan partijen is om in dit verband initiatieven te ontplooiën.

In dit arrest blijkt dat een systeem waarin het aan partijen is om na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, navraag bij het gerecht te doen over een mogelijke rechterswisseling, voor de procespartijen niet goed werkbaar is omdat niet steeds een voor de hand liggend moment valt aan te wijzen voor het opvragen van deze informatie. Dit systeem bergt daardoor het risico dat onvoldoende is gewaarborgd dat het tijdens de mondelinge behandeling verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de daaropvolgende beslissingen. De Hoge Raad kiest nu voor een stelsel waarin het gerecht verplicht is om van elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen.

Duiding

Het onmiddellijkheidsbeginsel is van origine afkomstig uit het strafprocesrecht, maar heeft eveneens betekenis gekregen in het civiele procesrecht.⁷ Partijen hebben het recht om hun standpunten mondeling toe te lichten en bewijsverrichtingen te doen. Als uitgangspunt daarbij geldt dat de rechter die aanwezig is bij de mondelinge behandeling ook het daarop gebaseerde arrest wijst. Artikel 155 Rv bepaalt dat de rechter ten overstaan van wie bewijs is bijgebracht in principe ook de rechter is die het eindvonnis wijst. Lid 2 van dat artikel bepaalt dat een rechterswisseling in het vonnis wordt vermeld. Het is echter een nagenoeg tandoos artikel omdat het niet voorziet in een duidelijke wijze of tijdstip waarop partijen worden geïnformeerd over een rechterswisseling. Het onmiddellijkheidsbeginsel is daarmee een mooi principe, maar laat qua uitvoering nog wat te wensen over. De jurisprudentie moest duidelijkheid verschaffen.

5. Asser/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent, *Procesrecht 4 Hoger beroep*, 2018/222.

6. Zie ook: HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411.

7. Asser/Asser, *Procesrecht 3 Bewijs*, 3 2017/78.

In 2014 heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan met betrekking tot het onmiddellijkheidsbeginsel in civiele zaken.⁸ De Hoge Raad introduceerde hier een regeling om met rechterswisselingen om te gaan. De partijen moeten over de vervanging van een rechter voorafgaand aan die uitspraak worden ingelicht. Elk van de bij de mondelinge behandeling verschenen partijen zal in dat geval een nadere mondelinge behandeling mogen verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen.

In 2016⁹ onderstreepte de Hoge Raad de praktische werklast die de procedure voor de gerechten meebracht. Een stelsel waarin telkens per zaak moest worden beslist of aan partijen een rechterswisseling moest worden medegedeeld, was volgens de Hoge Raad niet eenvoudig werkbaar. Partijen konden volgens de Hoge Raad zelf na afloop van een mondelinge behandeling naar een eventuele rechterswisseling informeren en, als dat het geval was, de afweging maken of een nadere mondelinge behandeling noodzakelijk zou zijn. De Hoge Raad overwoog dat een uitspraak, ook indien deze slechts strekt tot instructie van de zaak, leidt tot een nieuwe fase in de procedure. De verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling, verviel daarom na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgde.

Dat laatste punt wordt in de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad herzien. Indien op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer rechters, dient het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak mee te delen aan partijen. Dit geldt voor elke uitspraak (dus ook tussen-uitspraken) waarin een rechter na mondelinge behandeling door een andere rechter wordt vervangen.

Een verzoek om een nadere mondelinge behandeling dient door partijen binnen twee weken na de mededeling van de rechterswisseling te worden gedaan (en eerder in spoedeisende gevallen). Iedere uitspraak die wordt gedaan na een wisseling van de rechter ter zitting, zonder dat partijen voorafgaand aan de uitspraak over die rechterswisseling zijn ingelicht, is in beginsel aantastbaar.

L. Lupgens

LITERATUUR

Procesrecht 2020

J.J. Dammingsh & L.M. van den Berg

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (TvC) 2020, afl. 1, p. 24-31

De praktijk wijst uit dat het Europese recht op meer terreinen doorwerkt dan menigene denkt. Wat betekent het Europese recht voor de (Nederlandse) rechter? En wat dient hij er – al dan niet ambtshalve – mee te doen? Wat kunnen advocaten in dit verband van de rechter verwachten, en wat kunnen zij zelf met het Europese recht? Deze – en andere – vragen stonden centraal tijdens de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht.

W. Wisman & S. Heeroma

Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2020, afl. 1, p. 8-14

Over de mondelinge behandeling in civiele zaken. Het artikel geeft middels een boekbespreking inzichten over een aantal veelvoorkomende aspecten van de mondelinge behandeling die vanuit een multidisciplinaire invalshoek bijeen zijn gebracht.

E. Bauw, S. Voet, E.G.D. van Dongen & J. van Mourik

Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2020, afl. 1, p. 1-7

De praktijk van de Belgische vrederechter laat zien dat eerstelijnsrechtspraak in Nederland toegankelijker en laagdrempeliger kan worden vormgegeven. Gelet op het maatschappelijk belang van de rechtspraak is er alle reden om de kantonrechter meer als nabijheidsrechter te positioneren.

T. McGonagle

Bron: Mediaforum (MF) 2020, afl. 1, p. 2-6

In deze bijdrage wordt betoogd dat het van belang is om een gunstig klimaat te scheppen voor publiek debat over rechters en het functioneren van het rechtssysteem, met rechters als actieve deelnemers aan dat debat. De openheid, transparantie en verantwoordingsplicht van het rechtssysteem staan centraal in de beginselen die het EHRM op dit gebied heeft ontwikkeld. Het Hof probeert rechters te beschermen tegen kritiek die hun gezag of onpartijdigheid zou ondermijnen, er wordt ruimte gecreëerd voor rechters om zich uit te spreken over zaken van openbaar belang.

L. Lupgens
CMS

8. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, m.nt. W.D.H. Asser (*Verhoeven c.s./Staat*) en daarop voortbordurend: HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662.

9. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662.

JURISPRUDENTIE

Inzoomen op de toepasselijkheid van de grijze lijst van art. 6:237 BW

HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:531

Wanneer is art. 6:237 onder h BW van toepassing op een vervalbeding in algemene voorwaarden, dat tot gevolg heeft dat een consument het beding op grond van art. 6:233 BW kan vernietigen, tenzij de gebruiker het vermoeden dat het beding onredelijk bezwarend is, weerlegt?

Casus en hoofdoverwegingen

Eisers zijn eigenaren van woningen gebouwd door verweersters op basis van aannemingsovereenkomsten waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn. Deze voorwaarden bevatten een vervalbeding dat bepaalt dat een rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek niet ontvankelijk is indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na een periode van zes maanden na datum oplevering. Na oplevering blijkt dat het energiesysteem van de woningen minder energiebesparing oplevert dan beloofd. De rechtbank en het hof wijzen de vordering van eisers tot nakoming van de contractuele verplichtingen door verweersters af.

In cassatie staat de vraag centraal of art. 6:237 onder h BW van toepassing is op het vervalbeding in de voorwaarden.

De Hoge Raad overweegt dat volgens art. 6:233 BW een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Art. 6:236 onder g BW bepaalt dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een consument als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding dat een wettelijke verjarings- of vervalltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht geldend moet maken, verkort tot een verjarings- of vervalltermijn van minder dan een jaar. Een op de 'zwarte lijst' van art. 6:236 BW voorkomend beding kan door de consument worden vernietigd op grond van art. 6:233 BW. Art. 6:237 onder h BW bepaalt dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een consument wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van aan de wederpartij toekomende rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, tenzij deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen. Een op de 'grijze lijst' van art. 6:237 BW voorkomend beding kan op grond van art. 6:233 BW door de consument worden vernietigd, tenzij de gebruiker van de algemene voorwaarden het vermoeden dat het beding onredelijk bezwarend is, weerlegt.

Het hof heeft volgens de Hoge Raad tot uitgangspunt genomen dat het onderhavige beding een wettelijke verjarings- of vervalltermijn verkort. De Hoge Raad oordeelt dat het hof echter niet duidelijk heeft gemaakt

of het vervalbeding een wettelijke verjaringstermijn vervangt en verkort, of dat het vervalbeding een wettelijke vervalltermijn verkort. Als het hof heeft bedoeld dat het vervalbeding een wettelijke verjaringstermijn vervangt en verkort dan heeft het miskend dat de situatie waarin een wettelijke verjaringstermijn wordt vervangen door een contractuele vervalltermijn, wordt bestreken door art. 6:237 onder h BW. Als het hof heeft bedoeld dat het vervalbeding een wettelijke vervalltermijn verkort, dan is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.

Duiding

In dit arrest wordt in detail ingezoomd op het wettelijk regime van het vernietigen van een beding in algemene voorwaarden. Op grond van art. 6:233 aanhef en onder a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. In de wet staan vervolgens in art. 6:236 BW de zogenoemde 'zwarte lijst' en in art. 6:237 BW de zogenoemde 'grijze lijst'. Een beding dat staat op de zwarte lijst kan door een consument worden vernietigd op grond van art. 6:233 BW. Dat geldt ook voor een beding dat staat op de grijze lijst, tenzij de gebruiker van de algemene voorwaarden het vermoeden dat het beding onredelijk bezwarend is, weerlegt.

Bij dit wettelijke regime moet worden vastgesteld of een beding uit algemene voorwaarden op de zwarte of grijze lijst staat. Indien dat niet het geval is, dient het beding aan de open norm van art. 6:233 BW te worden getoetst en is er dus een hogere drempel om een beding te kwalificeren als onredelijk bezwarend.

In het onderhavige arrest betreft het een beding dat bepaalt dat de aannemer niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan de woning die zich openbaren na een periode van zes maanden na datum oplevering. Dit is alleen anders onder meer als de woning een ernstig gebrek of een verborgen gebrek bevat, maar een rechtsvordering op deze grondslag is alsnog niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na de periode van zes maanden na de oplevering.

De wijze van energievoorziening in de woningen kwam niet overeen met de contractuele verplichtingen in de aannemingsovereenkomsten. De eigenaren van de woningen vorderen daarom nakoming hiervan. Het niet-nakomen van de contractuele verplichtingen kwalificeert volgens het hof als een verborgen gebrek. De woningen zijn opgeleverd in mei 2009. Het recht om een vordering in te stellen verviel in november 2014. De woningeigenaren hebben hun vordering daarna ingesteld. Het hof overweegt dat het niet-bedacht zijn op het vervalbeding niet met zich meebrengt dat het beding onredelijk bezwarend is (Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3856). Volgens het hof valt het beding niet onder het verbod van art. 6:236 onder g BW (zwarte lijst) en niet onder art. 6:237 onder h BW (grijze lijst), omdat die laatste bepaling ziet op andere vervalbedingen dan die tot verkorting van een wettelijke

verjarings- of vervalltermijn. Het hof toetst het beding daarom aan de open norm van art. 6:233 BW. Het hof oordeelt dat het enkele feit dat eisers na verloop van een termijn van vijf jaar geen rechtsvordering meer toekomt, ter bescherming van de belangen van de aan-nemer om zich tegen de klachten te kunnen verweren, niet onredelijk is. Er zou niet zijn gebleken dat eisers binnen die periode onvoldoende mogelijkheden hebben gehad om een rechtsvordering in te stellen. Dat het beding niet onredelijk bezwarend is op grond van toetsing aan de open norm van art. 6:233 BW ligt gelet op de hogere drempel in de lijn der verwachting. Volgens de Hoge Raad is het hof echter te kort door de bocht gegaan met haar overweging dat het beding niet onder de grijze lijst valt.

Advocaat-generaal Hartlief heeft in zijn conclusie de parlementaire geschiedenis geraadpleegd (Parket bij de Hoge Raad 29 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1258). Daaruit blijkt dat art. 6:236 onder g BW uitsluitend ziet op bedingen die een wettelijke verjaringstermijn verkorten tot een verjaringsstermijn van minder dan een jaar of die een wettelijke vervalltermijn verkorten tot een vervalltermijn van minder dan een jaar. Bedingen die een wettelijke verjaringsstermijn verkorten tot een verjaringsstermijn van een jaar of meer of die een wettelijke vervalltermijn verkorten tot een jaar of meer, vallen hier niet onder en kunnen alleen getoetst worden aan de open norm van art. 6:233 BW. Alle overige vervalbedingen, waaronder vervalbedingen die een wettelijke verjaringsstermijn vervangen, vallen onder het bereik van art. 6:237 onder h BW. Aan de hand hiervan oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van hof geen stand kan houden dan wel onvoldoende gemotiveerd is. Indien het hof bedoelde dat het onderhavige beding een wettelijke verjaringsstermijn vervangt en verkort dan heeft het miskend dat dit wordt bestreken door art. 6:237 onder h BW. Als het hof bedoelde dat het vervalbeding een wettelijke vervalltermijn verkort, dan heeft het hof dat onvoldoende gemotiveerd, omdat uit de overwegingen van het hof niet kan worden afgeleid welke wettelijke vervalltermijn door het beding zou zijn bekort. Daarmee volgt de Hoge Raad de conclusie van de advocaat-generaal.

C.L. Kaspersen

De invulling van de mededelingsplicht van art. 7:941 lid 5 BW

HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311

Is sprake van opzet de verzekeraar te misleiden als bedoeld in art. 7:941 lid 5 BW (schending mededelingsplicht) indien verzekerde geen mededeling doet van uitbreiding van werkzaamheden onder zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering?

Casus en hoofdoverwegingen

Verzekerde heeft sinds 2002 een arbeidsongeschiktheidsverzekering. In 2005 heeft de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid van verzekerde wegens een burn-out vastgesteld op 80-100%, daarna in fasen op lagere percentages en uiteindelijk per 1 januari 2008 op minder dan 25%. Vanaf die

datum had verzekerde op grond van de verzekering geen recht meer op uitkering. Verzekerde maakt een procedure aanhangig tegen verzekeraar waarin hij uitkering vordert vanaf maart 2007 op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid. De rechtbank heeft verzekeraar veroordeeld vanaf maart 2007 aan verzekerde uit te keren op basis van 65-80% arbeidsongeschiktheid (zaak 1).

In oktober 2014 staakt de verzekeraar de uitkeringen, omdat verzekerde wel arbeidsongeschikt was, maar hem niet naar behoren had geïnformeerd over de uitbreiding van zijn werkzaamheden. Verzekeraar start een procedure tegen verzekerde om de verzekeringsovereenkomst te laten ontbinden en vordert verval van uitkering vanaf november 2007 en terugbetaling van betaalde uitkeringen. De rechtbank heeft geoordeeld dat bij verzekerde opzet tot misleiding bestond en dat verzekerde onverschuldigd gedane uitkeringen moet terugbetalen (zaak 2).

Verzekeraar stelt in beide zaken hoger beroep in. Het hof behandelt de zaken gevoegd. In zaak 1 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en verzekeraar veroordeeld vanaf maart 2007 uit te keren op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid. In zaak 2 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de verzekeraar afgewezen.

Het middel richt zich ertegen dat het hof het begrip 'opzet de verzekeraar te misleiden' als bedoeld in art. 7:941 lid 5 BW te beperkt heeft opgevat en dat daar ook voorwaardelijke opzet onder valt. Het hof heeft geoordeeld dat onder opzet tot misleiding als bedoeld in art. 7:941 lid 5 BW moet worden verstaan dat een mededelingsplicht is geschonden met de bedoeling om de verzekeraar te bewegen een hogere uitkering te verstrekken. Het heeft daarbij aansluiting gezocht bij de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de identieke bewoordingen in art. 7:930 lid 5 BW. Voorts heeft het hof in aanmerking genomen dat art. 7:930 BW en art. 7:941 BW beide onderdeel uitmaken van de algemene bepalingen die gelden voor alle typen verzekering (afdeling 1) en dat een ruimere uitleg van het opzetbegrip zich niet verdraagt met de verstrekkende gevolgen van de sanctie van verval van recht in art. 7:941 lid 5 BW. De Hoge Raad oordeelt dat het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd bij zijn beoordeling of verzekerde met het schenden van zijn mededelingsplicht opzet heeft gehad om de verzekeraar de misleiden.

Duiding

In dit arrest gaat de Hoge Raad in op het leerstuk van verzwijging in het verzekeringsrecht. Als verzekerde een verzekering heeft afgesloten en het risico verwezenlijkt zich, heeft hij op grond van art. 7:941 lid 2 BW de plicht verzekeraar alle inlichtingen te verschaffen welke voor verzekeraar van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Als de verzekerde hier niet aan voldoet, kan de verzekeraar op grond van lid 3 van hetzelfde artikel de uitkering verminderen met de schade die zij door de verzwijging lijdt. In het verlengde daarvan bepaalt art. 7:941 lid 4 BW dat het recht op uitkering door de verzwijging slechts kan komen te vervallen indien de verzekeraar daardoor in een redelijk

belang is geschaad. Ten slotte vervalt het recht op uitkering indien de verzekerde bij de verzwijging de opzet had de verzekeraar te misleiden, tenzij de misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt, aldus art. 7:941 lid 5 BW.

In het onderhavige arrest betrof het een ondernemer met een burn-out met volledige arbeidsongeschiktheid tot gevolg. Op een gegeven moment heeft de ondernemer bepaalde werkzaamheden weer opgepakt toen hij erachter kwam dat zijn bedrijf grote problemen had. Hij had dit bedrijf in de loop der jaren opgebouwd en hij was daarvan afhankelijk voor zijn levensonderhoud. Ondanks zijn ziekte ging hij daarom over in de 'vechtmodus' en voerde bepaalde werkzaamheden uit. Het hof overweegt dat verzekerde, de ondernemer, deze uitbreiding van de werkzaamheden had moeten melden aan verzekeraar, zodat zij op dat moment onderzoek kon instellen. Die mogelijkheid is verzekeraar ontnomen doordat verzekerde hiervan geen melding heeft gemaakt. Hierdoor is verzekeraar in een redelijk belang geschaad als bedoeld in art. 7:941 lid 4 BW. Vervolgens is het de vraag of sprake is van opzet tot misleiding zoals bedoeld in art. 7:941 lid 5 BW. Het hof sluit aan bij uitleg van het begrip 'opzet tot misleiding' zoals eerder gehanteerd door de Hoge Raad met betrekking tot art. 7:930 lid 5 BW. Naar analogie van dat arrest (HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507) blijkt dat onder 'opzet tot misleiding' moet worden verstaan dat een mededelingsplicht is geschonden met de bedoeling om verzekeraar te bewegen een hogere uitkering te verstrekken. Het hof oordeelt dat in de onderhavige kwestie niet kan worden aangenomen dat daar bij verzekerde sprake van was.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof de juiste maatstaf heeft gehanteerd. De Hoge Raad vult nog wel het een en ander omtrent dit onderwerp aan. Art. 7:930 BW verbindt rechtsgevolgen aan schending van de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht van een verzekeringnemer bij het sluiten van een verzekering. Art. 7:930 lid 5 BW bepaalt dat, bij schending van de mededelingsplicht, indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, in het geheel geen uitkering verschuldigd is. Uit de door het hof aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 25 maart 2016 blijkt dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis bij art. 7:928 BW over de betekenis van het begrip 'opzet de verzekeraar te misleiden' heeft opgemerkt dat daaronder moet worden verstaan het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

De Hoge Raad overweegt dat art. 7:930 lid 5 BW en art. 7:941 lid 5 BW op vergelijkbare wijze, en, wat betreft het opzet tot misleiding, in gelijke bewoordingen, regelen in welk geval de meest vergaande sanctie (algeheel verval van het recht op uitkering) kan worden verbonden aan schending van een mededelingsplicht. Er bestaat volgens de Hoge Raad dan ook goede grond om aan de woorden 'met het opzet de verzekeraar te misleiden' in art. 7:941 lid 5 BW een betekenis toe te kennen die aansluit bij de betekenis die daaraan toekomt in het kader van art. 7:930 lid 5 BW. De Hoge Raad benoemt

daarbij nog dat uit de parlementaire geschiedenis bij art. 7:941 lid 5 BW ook niet blijkt dat de wetgever een andere invulling voor ogen had. De Hoge Raad bevestigt hiermee de lijn zoals ingezet in zijn arrest van 25 maart 2016. Overigens volgt de Hoge Raad hiermee ook de conclusie van advocaat-generaal Valk (Parket bij de Hoge Raad 18 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1071). De advocaat-generaal concludeert dat het hof terecht aansluiting heeft gezocht bij het arrest van de Hoge Raad van maart 2016. Er is immers sprake van een vergelijkbare context, namelijk schending van een informatieplicht, waar dezelfde maatstaf, namelijk 'met het opzet de verzekeraar te misleiden', beslissend is voor een geheel vergelijkbaar rechtsgevolg, namelijk geen uitkering onder de verzekering, aldus de advocaat-generaal. Hij voegt daar nog aan toe dat deze uitleg van de maatstaf van art. 7:941 lid 5 BW ook in de literatuur en rechtspraak ruime aanhang vindt.

C.L. Kaspersen

LITERATUUR

Over vaststelling van zaakschade

M.R. Hebly

Bron: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR) 2020, afl. 1, art. 2

In deze bijdrage geeft de auteur een brede beschrijving van de zaakschaderegels zoals door de Hoge Raad geformuleerd. Bijzondere aandacht gaat uit naar situaties waarin sprake is van beschadiging of verlies van een zaak zonder dat sprake is van waardevermindering, en naar gevallen waarin een waardevermindering niet is te herleiden tot beschadiging of verlies van een zaak.

Hoever reikt de nazorgplicht van een verzekerings-tussenpersoon?

C.J. de Jong

Bron: Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade (AV&S) 2020, afl. 1, art. 2

In dit artikel wordt onderzocht of de Geschillencommissie met twee recente uitspraken een juiste invulling geeft aan de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke nazorgplicht van een verzekeringstussenpersoon. In deze uitspraken wordt het niet of niet tijdig wijzen op marktontwikkelingen beschouwd als een schending van zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon.

Primaire dekkingsoomschrijvingen, preventieve garanties en de redelijkheid en billijkheid: naar een inhoudelijke benadering?

J.S. Overes

Bron: Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade (AV&S) 2020, afl. 1, art. 3

In het verzekeringsrecht bestaat een belangrijk onderscheid tussen twee typen polisbepalingen: primaire dekkingsoomschrijvingen versus preventieve garanties. Waar causaliteit ontbreekt tussen de schade en de gelding van de polisbepaling is het beroep op die polisbepaling in beginsel onaanvaardbaar als het een preventieve garantie betreft, maar is dat beroep niet onaanvaardbaar als de bepaling een primaire dekkingsoomschrijving is. In dit artikel worden kanttekeningen geplaatst bij de huidige op formulering gebaseerde bena-

dering van dit onderscheid en wordt een eerste aanzet gedaan voor een inhoudelijke benadering van dit kwalificatievraagstuk.

De motorrijtuigenuitsluiting in de AVB: handvatten voor de praktijk

M.J. van Hilten & M.C. Samsom

Bron: Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade (AV&S) 2020, afl. 1, art. 4

Bijdrage over de motorrijtuigenuitsluiting in de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB). In dit artikel worden door de auteurs de civielrechtelijke uitspraken en de uitspraken van de Geschillencommissie Samenloop over geschillen tussen AVB-verzekeraars enerzijds en WA- en WLM-verzekeraars anderzijds geanalyseerd. Met een stroomschema voor de toepassing van de motorrijtuigenuitsluiting in een concreet geval.

Als consument je recht halen bij een geschillencommissie: goed(koop), maar kan beter

C.M.D.S. Pavillon

Bron: Ars Aequi (AA) 2020, afl. 2, p. 199-204

Aan de hand van drie casus wordt besproken op welke punten de geschillenbeslechting, bij een conflict van een consument met een bij De Geschillencommissie aangesloten ondernemer, kan worden verbeterd en waarom cruciaal is dat de overheid in De Geschillencommissie blijft investeren.

Ingebrekestelling, verzuim en de redelijke termijn voor nakoming

P.S. Bakker

Bron: Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP) 2020, afl. 2

Op 11 oktober 2019 wees de Hoge Raad zijn meest recente arrest (ECLI:NL:HR:2019:1581) (*Fraanje/Alukon*) op het terrein van ingebrekestelling en verzuim. In deze bijdrage staan de betekenis en het belang van voornoemd arrest centraal.

Ook in het aprilnummer *Ars Aequi* becommentarieerd door H.N. Schelhaas, 'Een nieuwe standaard voor de verzuimregeling in het contractenrecht', p. 374-383. Samen met HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, NJ 2020/60.

Het toepassingsbereik van de klachtplicht

J.J. Valk

Bron: Maandblad voor Vermogensrecht (MvV) 2020, afl. 2

De klachtplicht is van toepassing op alle 'verbintenissen', maar dan wel alleen bij 'gebrekkige prestaties'. In deze bijdrage wordt het toepassingsbereik van de klachtplicht verkend aan de hand van de begrippen 'verbintenis' en 'gebrekkige prestatie'. Besproken wordt de rechtspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp en aan de orde komen onder meer de zorgplichten, onrechtmatige daad, de betaling van een geldsom en interne bestuurdersaansprakelijkheid.

Oneerlijke handelspraktijken 2018-2019

B.B. Duivenvoorde

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (TvCH) 2020, afl. 1

Deze kroniek biedt een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken in 2018 en 2019. Er is onder meer aandacht

voor de wijzigingen in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de toepasselijkheid van deze richtlijn bij verkoop op online platforms en Europese uitspraken op het gebied van agressieve handelspraktijken.

Transparantievereiste versus contra proferentem-regeling: de worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten

M.B.M. Loos

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (TvCH) 2020, afl. 1

Bespreking van het arrest *Consultant/Nationale Nederlandse Schadeverzekeringen* waarin de Hoge Raad niet alleen ingaat op de begrippen 'consument' en 'kernbeding', maar ook op toepassing van de contra proferentem-regel in art. 6:238 lid 2 BW. Ook wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen de contra proferentem-regel en het transparantievereiste, dat de Hoge Raad in dit arrest buiten beschouwing heeft gelaten.

Consumentenverzekeringsrecht 2017-medio 2019

S. Rutten & W.C.T. Weterings

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (TvCH) 2020, afl. 1

In deze kroniek worden uitspraken van de Geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) besproken die zien op het consumentenverzekeringsrecht en die zijn geweest in de jaren 2017 en 2018 en de meest interessante van 2019. De volgende onderwerpen komen aan bod: schending van de mededelingsplicht, fraude, de verzekeringsvoorwaarden, wijzigingen per contractsvervaldatum, achterstallige premiebetaling en erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar in WAM-zaken.

C.L. Kaspersen
CMS