

Kroniek Contractenrecht 2013-2014

Bb 2014/56

Er valt in deze kroniekperiode veel te melden over ontwikkelingen in het contractenrecht en het (contractgerelateerde) aansprakelijkheidsrecht. In deze kroniek wordt een aantal in het oog springende ontwikkelingen gesignaleerd en een selectie van de voor de praktijk meest relevante rechtspraak behandeld.

1. Buitengerechtelijke incassokosten

Hoewel het financiële belang in individuele gevallen doorgaans relatief beperkt is, blijft de kwestie van de verschuldigheid van buitengerechtelijke incassokosten de gemeoederen bezighouden. Deels wordt die discussie, naar ik aanneem, gevoed door de frustratie van menig crediteur (*"mijn debiteur betaalt niet en nu moet ik ook nog eens extra betalen om te ontvangen waar ik recht op heb"*) en deels zijn de financiële belangen voor organisaties die veel (beperkte) vorderingen hebben uitstaan (zoals bijvoorbeeld Famed, die de incasso voor veel medische beroepsbeoefenaren uitvoert) wel degelijk substantieel. De rechtspraak en de literatuur worstelen al jaren met het probleem hoe te komen tot uniformering van de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten als redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub c BW. Waar in dat kader betrekkelijk weinig discussie over kan bestaan, betreft het onderscheid tussen de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten. Duidelijk is dat de proceskosten enkel betrekking hebben op de kosten ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak. Dat begint al bij het verzamelen van informatie voor het opstellen van een dagvaarding. Maar wat met betrekking tot de kosten die daar weer aan voorafgaan? Een eerste significante poging om tot uniformering van de buitengerechtelijke incassokosten te komen, is terug te vinden in het Rapport Voorwerk II van de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak. Daarin werd de dubbele redelijkheidstoets geïntroduceerd, waarbij als norm – kort gezegd – had te gelden twee punten van het toepasselijke liquidatietarief, mits de kosten a) daadwerkelijk; b) in redelijkheid qua hoogte; en c) in redelijkheid qua aantal waren gemaakt. Daarbij gold, aldus de Hoge Raad (HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7004) dat het verzenden van één of enkele overigens niet-inhoudelijke aanmaningen nog geen recht gaf op het in rekening kunnen brengen van buitengerechtelijke incassokosten. Desalniettemin liet de rechtspraak forse verschillen zien tussen de toegewezen bedragen aan buitengerechtelijke incassokosten en ontstond vanuit de praktijk de roep om een overzichtelijker en vooral eenduidiger incassokostensysteem.

Dit alles leidde tot de Wet Normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte die op 1 juli 2012 in werking is getreden. Deze nieuwe wetgeving brengt, voor de daarin geregelde gevallen, met zich dat de dubbele redelijkheidstoets niet langer wordt toegepast bij de normering van de buitengerechtelijke incassokosten. De wetgeving is echter slechts van toepassing op zaken waarin de hoogte van de verschuldigde hoofdsom op eenvoudige wijze is vast te stellen, zoals bij verbintenissen tot betaling van een geldsom of tot schadevergoeding indien deze is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Andere verbintenissen vallen nog steeds buiten deze regeling, waarbij bovendien nog eens geldt dat professionele partijen kunnen afwijken van deze wetgeving. Daarmee is de facto de variëteit en ingewikkeldheid van regels omtrent buitengerechtelijke incassokosten alleen maar toegenomen. Daarnaast heeft de nieuwe wetgeving een aantal nieuwe vragen opgeworpen. Onderstaand een korte bespreking van de relevante rechtspraak in de kroniekperiode.

In het arrest van 5 april 2013 (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086) bestond recht op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c BW. Het hof had evenwel geoordeeld dat de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten moest worden afgewezen op de grond dat de desbetreffende incassowerkzaamheden waren gericht op invordering van een veel hoger bedrag dan uiteindelijk door het hof toegewezen was geacht. De Hoge Raad oordeelde echter dat de enkele omstandigheid dat slechts een klein gedeelte van de vordering is toegewezen, niet met zich brengt dat alle gevorderde kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van ook het uiteindelijk toegewezen bedrag, niet redelijk zijn geweest. Het hof had dit, aldus de Hoge Raad, miskend en hieruit volgt dat dus in elk geval recht bestond op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten die gerelateerd moesten worden aan het uiteindelijk toegewezen bedrag.

In HR 28 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:40) ging het over de vraag welke rente mag worden toegewezen over buitengerechtelijke incassokosten. Uitgangspunt is dat rente berekend mag worden, maar dan enkel de rente als bedoeld in art. 6:119 BW. De wettelijke handelsrente als bedoeld in art. 6:119a BW heeft enkel betrekking op verplichtingen tot betaling uit handelsovereenkomsten en de verplichting tot vergoeding van schade (zoals buitengerechtelijke incassokosten) kan daartoe niet worden gerekend, ook al zien die buitengerechtelijke incassokosten op een geschil inzake een handelsovereenkomst. Bedingen waarin een contractuele rente is voorzien regelen, tenzij dat expliciet is overeengekomen, in beginsel niet dat de bedongen contractuele rente ook over buitengerechtelijke kosten mag worden berekend. Voor wat betreft de rente over de proceskosten geldt dat ook daarover slechts de wettelijke rente kan worden gevorderd,

¹ Marcel Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

met dien verstande dat ik volledigheidshalve nog opmerk dat een proceskostenveroordeling, anders dan een veroordeling tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten, geen veroordeling tot betaling van schadevergoeding inhoudt, maar een zelfstandige verbintenis tot betaling van een geldsom (HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629). Dit betekent dat de wettelijke rente over een proceskostenveroordeling pas kan worden toegewezen op het moment dat de schuldenaar met de voldoening van die zelfstandige verbintenis in verzuim is.

Tot slot verwijs ik in dit kader nog naar een hele recente uitspraak waarin de rechtsgevolgen van de zogenaamde '14 dagen-brief' aan de orde waren (HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405). In het nieuw geïntroduceerde lid 6 van art. 6:96 BW is bepaald dat een voorafgaande aanmaning tot betaling binnen een termijn van 14 dagen ten aanzien van consument-schuldenaren verplicht is, wil een beroep gedaan kunnen worden op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. De prejudiciële vraag aan de Hoge Raad met betrekking tot deze '14 dagen-brief' was of art. 6:96 lid 6 BW aldus moet worden uitgelegd dat na het verzenden van de '14 dagen-brief' vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten per definitie is verschuldigd, of dat, voor de verschuldigdheid daarvan, eerst nog nadere incassohandelingen dienen te worden verricht. De Hoge Raad oordeelt dat voor de verschuldigdheid van een vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten niet relevant is welke incassohandelingen de schuldeiser heeft verricht, nu de maximale hoogte van de vergoeding uitsluitend gerelateerd is aan de hoogte van de vordering en niet aan de aard en omvang van de verrichte incassowerkzaamheden en dat de staffel die in het kader van de nieuwe incassowetgeving moet worden gehanteerd, geacht wordt *ab initio* redelijk te zijn. Indien een schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser incassohandelingen heeft verricht waar hij in redelijkheid toe kon overgaan, is volgens de Hoge Raad dan ook de krachtens het Besluit genormeerde vergoeding door de schuldenaar verschuldigd, ongeacht de aard en omvang van de incassohandelingen, met dien verstande dat bij consument-schuldenaren nog aanvullend een '14 dagen-brief' moet worden toegezonden, maar die is volgens de Hoge Raad naar zijn aard ook zelf een incassohandeling, zodat daarmee buitengerechtelijke incassokosten verschuldigd worden indien de consument-schuldenaar na de in de '14 dagen-brief' gestelde termijn zijn schuld nog niet heeft voldaan, dus zonder dat daarna nog nadere incassomaatregelen nodig zijn.

2. 'Derdenbelangen' in het contractenrecht

Wie aan het rechtsverkeer deelneemt, dient niet alleen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn contractspartner (art. 6:2 BW), maar dient ook de gerechtvaardigde belangen in de gaten te houden van derden die bij datzelfde rechtsverkeer betrokken zijn en die op hun beurt hun handelwijze weer afstemmen op dat van anderen. Dit uitgangspunt heeft al veel pennen in beweging

gebracht en heeft geleid tot een variëteit aan rechtspraak waarin 'derdenbelangen' een rol spelen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan leerstukken als derdenwerking van exoneratieclausules, profiteren van wanprestatie van een derde (in een contractuele relatie waarin men zelf geen partij is) of van een door een derde gepleegde onrechtmatige daad jegens een andere partij en bijvoorbeeld aan de situatie waarin de vraag aan de orde is of wanprestatie binnen een contractuele relatie ten opzichte van een derde onrechtmatig is. Mijn indruk is dat de afgelopen jaren zowel in de rechtspraak als in de literatuur meer aandacht is ontstaan voor het uitgangspunt dat verder gekeken moet worden dan enkel de contractuele relatie tussen twee partijen wanneer het aankomt op de juridische beoordeling van de handelwijze van de contractpartners en van derden die direct of indirect bij die contractuele relatie zijn betrokken. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de door A. Kierse geïntroduceerde schadevoorkomingsplicht die zij, zakelijk weergegeven, ziet als een universele rechtsplicht om zich tot het uiterste in te spannen om schade bij anderen te voorkomen. Nu is deze theorie wellicht erg verstrekkend, maar in het licht van enige rechtspraak uit de kroniekperiode lijkt zij aan betekenis te winnen.

Allereerst de vraag of een toerekenbare tekortkoming in een contractuele relatie jegens een derde, die bij die contractuele relatie niet of slechts indirect betrokken is, onrechtmatig is. Rechtspraak hierover is niet nieuw (ik verwijs bijvoorbeeld naar HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323, HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980/117, HR 29 mei 1998, *NJ* 1999/98 en HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069). Meer recent (en om te beginnen op het randje van onze Kroniekperiode) zijn HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 en HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0485, waarin het ging om onrechtmatig handelen van een derde in een keten van partijen die met elkaar samenhangende verplichtingen hebben. In de voorlaatste uitspraak ging het om een dakdekker die in onderaanneming een dak had gedekt, maar onder die overeenkomst toerekenbaar ten opzichte van de hoofdaannemer was tekortgeschoten. De vraag was aan de orde of die toerekenbare tekortkoming tevens een onrechtmatige daad opleverde ten opzichte van de uiteindelijke opdrachtgever. De Hoge Raad oordeelde dat dit niet per definitie het geval is. Dat is uiteraard begrijpelijk gezien vanuit de begrenzingen die het contractenrecht stelt. Anders zou de spreekwoordelijke beer los zijn, leidend tot een wel haast ongelimiteerd uitdijbare keten van aansprakelijkstellingen. In de onderhavige uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of van een onrechtmatige daad van de onderaannemer ten opzichte van de uiteindelijke opdrachtgever sprake is, dient te worden beantwoord aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval, zoals de hoedanigheid van de betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant/onderaannemer kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de

contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt.

De hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 21 december 2012 sluit daar grotendeels bij aan, met dien verstande dat de Hoge Raad daarin lijkt te hebben willen preciseren dat, wil sprake zijn van het aannemen van een onrechtmatige daad jegens een bij een contractuele rechtsverhouding betrokken derde (niet zijnde een contractuele rechtsverhouding met de vermeende laedens) tenminste vereist is dat dreigende aantasting van de belangen van deze derden voor de vermeende laedens voorzienbaar was.

Kort en goed: men moet bedacht zijn op de gerechtvaardigde belangen van derden, maar mag men daarbij dan toch niet ook een beetje egoïstisch zijn? Dat dit mag (zij het met mate) volgt uit HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740. Deze uitspraak past in de rij van uitspraken over, kort gezegd, de aansprakelijkheid wegens het profiteren van wanprestatie van een derde. Dat het profiteren van een toerekenbare tekortkoming van een ander binnen een contractuele relatie waarbij men niet zelf partij is, jegens de partij ten opzichte van wie wordt tekortgeschoten, onrechtmatig kan zijn, is niet nieuw, maar de rechtspraak vult steeds nauwkeuriger de omstandigheden in waaronder die handelwijze onrechtmatig is. In de casus die aan de laatstgenoemde uitspraak ten grondslag lag, had de eigenaar van een pand een voorkeursrecht verleend tot koop aan zijn huurder. In strijd met dit voorkeursrecht verkocht de eigenaar het pand aan een derde (die het op zijn beurt doorverkocht aan weer een andere partij). Vaststaat dat ten tijde van de koop, de derde geen weet had van het voorkeursrecht. Daar kwam de derde echter voor de levering wel achter en, op verzoek van de oorspronkelijke eigenaar, die bevreesd was voor beslaglegging door degene aan wie het voorkeursrecht was verleend, heeft de derde meegewerkt aan een vervroegde levering van het pand. De partij die gerechtigd was tot het voorkeursrecht stelde zich op het standpunt dat deze handelwijze van de derde (meewerken aan vervroegde levering om beslaglegging door de voorkeursgerechtigde te frustreren) jegens hem onrechtmatig was.

De kantonrechter wees de vorderingen af, daartoe overwegende dat de derde weliswaar op de hoogte was gekomen van het betreffende voorkeursrecht, maar dat dit eerst was na de verkoop en toen was de derde inmiddels gehouden aan een doorleveringsverplichting. Daarmee had de derde, aldus de kantonrechter, ook een in rechte te respecteren eigen belang, namelijk het voorkomen dat zij een aanzienlijke boete verschuldigd zou worden aan de partij aan wie zij diende door te leveren. Hetgeen de derde in het maatschappelijk verkeer jegens de voorkeursgerechtigde betaamt, gaat, aldus nog steeds de kantonrechter, niet zo ver dat zij diens belangen bij het uitoefenen van de eigen rechten zou moeten laten prevaleren boven haar verplichtingen ten opzichte van de eigenaar/oorspronkelijke verkoper. De mede-

werking van de derde aan de vervroegde levering werd dus niet als onrechtmatig aangemerkt. Het hof dacht daar echter heel anders over en achtte de handelwijze van de derde wel degelijk onrechtmatig ten opzichte van de voorkeursgerechtigde. Dit arrest wordt door de Hoge Raad vervolgens gecasseerd, waarbij de Hoge Raad onder meer overweegt dat het de derde in beginsel vrij stond om, ook nadat zij alsnog van het voorkeursrecht op de hoogte was geraakt, de nakoming van de oorspronkelijke koopovereenkomst na te streven, ook door vervroeging van de levering. Een zodanige handelwijze kan onder bijzondere omstandigheden, aldus de Hoge Raad, onrechtmatig zijn jegens degene die een voorkeursrecht heeft dat daardoor wordt gefrustreerd (waarbij met name te denken valt aan het geval dat sprake is van onevenredigheid tussen het belang bij nakoming van de koopovereenkomsten en het belang dat bestaat bij het kunnen uitoefenen van het voorkeursrecht). Dergelijke omstandigheden zijn evenwel door het hof niet aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. De derde heeft gesteld dat zij er belang bij had om haar eigen doorleveringsverplichtingen na te komen, waartoe zij zich op straffe van een boete van 10% van de koopsom had verbonden.

Wie aan het rechtsverkeer deelneemt zal zich dus niet enkel door de eigen belangen mogen laten leiden, maar zal ook rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen (zowel in de precontractuele fase als in de contractuele fase), maar een gezond portie egoïsme is daarbij (nog steeds) toegestaan. Een delicate balans dus waarbij van geval tot geval geoordeeld moet worden welke kant het dubbeltje op valt.

3. **Zorgplichten binnen het (contractueel) aansprakelijkheidsrecht**

In weerwil van de maatschappelijke trend waarbij de nadruk meer en meer lijkt te komen te liggen op eigen verantwoordelijkheid van het individu bespeur ik in het (contractueel) aansprakelijkheidsrecht een onverminderd grote belangstelling voor (en misschien zelfs wel aanscherping van) de zorgplicht. Mogelijk vormt dit een doorwerking van de zorgplichtaanscherping die wij kennen uit het financiële aansprakelijkheidsrecht binnen andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht, maar wat daar verder ook van zij, het is een ontwikkeling waar rekening mee gehouden moet worden.

Aansprekende voorbeelden in dit verband zijn te vinden in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195 (voor wat betreft de financiële zorgplicht) en, buiten het financiële aansprakelijkheidsrecht, HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7591 en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47. In het laatste arrest betrof het een ongeluk in een sportsituatie in de Koraal Specht gevangenis op Curaçao. Een van de gedetineerden speelde voetbal op de binnenplaats van de gevangenis. De gevangenisdirectie had de gedetineerden die mogelijkheid geboden

door enkele voetballen te verstrekken en een stel doelpalen beschikbaar te stellen. De betreffende gedetineerde was uitgegleden, in aanraking gekomen met een betonnen zijband en had als gevolg daarvan een dwarslaesie opgelopen. Het verwijt van de gedetineerde was, kort samengevat, dat de binnenplaats ongeschikt was om op te voetballen omdat deze, met name na een regenbui, te glad was. Daartegenover werd als verweer gevoerd dat het ongeluk zich in casu had voorgedaan tijdens een situatie van sport en spel (wat volgens vaste rechtspraak een omstandigheid vormt om minder snel aansprakelijkheid aan te nemen) en dat een gemiddeld oplettend en voorzichtig persoon zich zou hebben gerealiseerd dat het spelen van voetbal op een gladde (want natte) binnenplaats een extra gevaar met zich zou brengen. De Hoge Raad verwijst echter naar de toepassing van de kelderluikcriteria en overweegt dat naar de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld in hoeverre iemand die een situatie in het leven roept die voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, rekening dient te houden met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht zullen worden genomen en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen dient te treffen. Bij die beoordeling dient met name in aanmerking te worden genomen in hoeverre niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk is, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn en in hoeverre het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk is.

Het hof had in dat kader geoordeeld dat het Land niet onrechtmatig had gehandeld omdat het nu eenmaal een feit van algemene bekendheid is dat aan het spelen van voetbal, zeker op natte vloeren, risico's verbonden zijn. De Hoge Raad stelt daarbij evenwel vast dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting en overweegt:

"Een en ander laat immers onverlet dat onder verantwoordelijkheid van het Land een situatie in het leven was geroepen die voor een gedetineerde zoals [verzoeker] bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk was. Een en ander brengt ook niet zonder meer mee dat het Land niet de eis kon worden gesteld rekening te houden met de mogelijkheid dat de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet zouden worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen te treffen."

Daarnaast maakt de Hoge Raad het hof het verwijt dat het hof slechts aandacht had besteed aan één mogelijke voorzorgsmaatregel (te weten: het aanbrennen van een antisliplaag) en niet was ingegaan op de door de verzoeker genoemde alternatieven, zoals bijvoorbeeld verplaatsing van de doelen, het aanbieden van deugdelijk schoeisel, het verbieden om te voetballen of het openstellen van de beschikbare sportzaal om daar voetbal te spelen in plaats van op de binnenplaats.

Het arrest van 19 oktober 2012 betrof een geval van werkgeversaansprakelijkheid. Daar was, zakelijk weergegeven, de situatie aan de orde waarin een werknemer van een dak was gevallen en ernstige (letsel-)schade had geleden, terwijl hij geen gebruik had gemaakt van de aanwezige valbescherming, maar ondanks dat zijn superieuren hem hadden aangezegd om veiligheidsgordels te gebruiken. Daar kwam nog eens bij dat de betreffende werknemer voorman was en binnen het bedrijf belast was met controle op het gebruik van valbeschermingsmiddelen. Dat alles mocht de werkgever niet baten; de Hoge Raad overweegt dat de in de wet verankerde zorgplicht van de werkgever niet alleen inhoudt dat deze er voor moet zorgen dat voldoende veiligheidsmaatregelen op de werkplek beschikbaar zijn, maar ook dat hij erop toeziet dat zijn werknemers dat materiaal op de juiste wijze gebruiken. De door het hof vermelde omstandigheid dat het hier een ervaren werknemer betrof die de positie van voorman bekleedde en dat deze nota bene binnen het bedrijf belast was met toezicht op het gebruik van onder meer valbeschermingsmiddelen, kon de werkgever niet baten nu de werkgever, aldus de Hoge Raad, ook verantwoordelijk is voor de veiligheid van ervaren werknemers en steeds rekening dient te houden met het verschijnsel dat ook die werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. Zelfs de beschikbaarheid van twee hydraulische hoogwerkers met een bak van waaruit het dak had kunnen worden bereikt en vanuit waarvan had kunnen worden gewerkt, baat de werkgever niet; de werkgever zou de betreffende werknemer niet nadrukkelijk genoeg hebben gewezen op de mogelijkheid om die hoogwerkers ook te gebruiken.

Kortom: een op zijn minst genomen onverminderd zware zorgplicht (of, wanneer ik het goed zie, een in toenemende mate pregnantere zorgplicht) ook buiten het financiële aansprakelijkheidsrecht. Een ontwikkeling om in de gaten te houden.

4. **Varia**

Ook buiten de hiervoor gesignaleerde trends viel er in de Kroniekperiode genoeg te beleven op het gebied van het contractenrecht. Ik noem enige opvallende uitspraken.

4.1 **Uitleg**

Op 5 april 2013 (HR 5 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY8101) nuanceert de Hoge Raad het op 19 januari 2007 (ECLI:NL:PHR:2007:AZ3178) gewezen arrest over de zogenaamde 'entire agreement clause' (ook wel vierhoekenbeding genoemd). Ook wanneer sprake is van professionele partijen die met deskundigenbijstand een gedetailleerde overeenkomst hebben uitonderhandeld en opgesteld, waarin een 'entire agreement clause' is opgenomen, dient de Haviltex-norm onverkort te worden toegepast. Weliswaar mag in dergelijke omstandigheden de taalkundige uitleg als uitgangspunt worden genomen om tot een voorlopig oordeel te komen, maar de hoofdregel blijft het toepassen van de Haviltex-norm. Indien de rechter tot een voorlopig oordeel

komt omtrent de wijze waarop een contractsclausule in een dergelijke situatie moet worden uitgelegd, dient de rechter alsnog te beoordelen of de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zou leiden tot een andere uitleg van de contractsbepaling. Wat de 'entire agreement clause' zelf betreft, wordt opgemerkt dat hoe wel een dergelijke bepaling een relevante omstandigheid kan zijn bij de uitleg van een overeenkomst, de betekenis die aan een 'entire agreement clause' toekomt, (eveneens) afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Nog meer uitleg is te vinden in HR 21 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:682) voor wat betreft de rechtsgevolgen van een onoverdraagbaarheidsbeding. Een dergelijk beding is veelvuldig te vinden in allerlei soorten overeenkomsten en is bijna standaard in algemene voorwaarden. De vraag die voorlag, was of een dergelijk, in algemene bewoordingen geformuleerd beding (in de trant van: het is opdrachtnemer niet toegestaan om vorderingen op opdrachtgever aan derden over te dragen) enkel verbintenisrechtelijke werking heeft (in de zin dat overtreding van die bepaling slechts een toerekenbare tekortkoming oplevert) of ook goederenrechtelijke werking heeft (in de zin dat een overdracht in strijd met dit artikel zonder rechtsgevolg blijft, zoals voorzien in art. 3:83 lid 2 BW). De voorafgaande rechtspraak liet een wisselend beeld zien voor wat betreft de beantwoording van deze rechtsvraag. De uitlegregel die het hof dacht te lezen in het arrest van de Hoge Raad Oryx/Van Eesteren (HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168) en die er op neerkwam dat een dergelijk beding goederenrechtelijke werking beoogd te hebben tenzij er aanwijzingen zijn voor het tegendeel, blijkt aldus de Hoge Raad niet te bestaan. Het is juist precies omgekeerd. De Hoge Raad overweegt:

"Een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede is bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf (...). Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Het hof heeft dit miskend."

In het licht van hetgeen ik hiervoor in deze kroniek heb opgemerkt over het houden van rekening met de belangen van derden, is het natuurlijk een aardige constatering dat ook bij uitleg met die belangen rekening wordt gehouden. Wij kenden dat al vanuit de zogenaamde CAO-uitleg en de vraag dringt zich op of hier aan die CAO-uitleg niet gewoon uitvoering is gegeven door de Hoge Raad of dat de uitleg

die in dit arrest aan de orde is gezien moet worden als een toepassing van de Haviltex-formule waarbij, zoals overal in het recht, ook rekening gehouden moet worden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Linksom of rechtsom (deze discussie is in hoge mate academisch): het resultaat is hetzelfde.

4.2 *Verruiming klachtplicht*

De klachtplicht van art. 7:23 BW (bij koop) en art. 6:89 BW (algemeen) is al voor de kroniekperiode verregaand genuanceerd en opgerekt, bijvoorbeeld naar belegging-situaties (HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297), waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn om te beoordelen of tijdig is geklaagd (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ7617 en HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615). Nieuw is echter wel dat de klachttermijn door de Hoge Raad in de arresten van 8 februari 2013 (ECLI:NL:PHR:2013:BX7846 en ECLI:NL:HR:2013:BX7195) verder lijkt te zijn verruimd. Dit in verband met de door de Hoge Raad aangebrachte link tussen wetenschap en zorgplicht en de mogelijke schending daarvan. Of voldaan is aan de klachtplicht is afhankelijk van alle relevante omstandigheden, waarbij in ieder geval van belang is de vraag of de schuldenaar nadeel lijdt door het (late) tijdstip waarop wordt geklaagd. Een algemeen geformuleerde redelijke termijn is daarbij niet te geven. In beleggingsadviesrelaties is pas sprake van een onderzoeksplicht voor de schuldeiser zodra hij weet dat de bank een zorgplicht heeft en daarin mogelijk is tekortgeschoten. Het hebben geleden van een groot verlies alleen, is niet per se een indicatie van enige tekortkoming. De schuldeiser mag er namelijk in beginsel vanuit gaan dat de bank de bijzondere zorgplicht jegens hem naleeft. Deze rechtspraak lijkt nu dus ook buiten het financieel aansprakelijkheidsrecht toepassing te vinden.

4.3 *Het schadevergoedingsrecht*

Ook binnen het schadevergoedingsrecht valt wel het een en ander te melden. Zo heeft de Hoge Raad op 1 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY6755) in een geval van afgebroken onderhandelingen geëxpliciteerd dat indien het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is op de grondslag dat er sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen (dus: niet indien de onaanvaardbaarheid gestoeld wordt op andere omstandigheden) in beginsel het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt, maar dat ook gekozen kan worden voor het negatief contractsbelang. Positief en negatief contractsbelang sluiten elkaar echter uit, zodat wel een duidelijke keuze gemaakt moet worden. Daarbij gaat het erom, bij berekening van het positief contractsbelang, dat de schade zo veel mogelijk concreet wordt berekend.

Dit in tegenstelling tot de schadeberekenningsmethodiek bij ongerechtvaardigde verrijking (HR 24 mei 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ1782). In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt verhuurde Credit Suisse bedrijfsruimte aan Easy. Easy verhuurde, met medeweten van Credit Suisse, een gedeelte onder aan Subway. Subway betaalde aan Easy

een lagere huurprijs dan Easy aan Credit Suisse. Toen de huurovereenkomst tussen Credit Suisse en Easy werd beëindigd, trad Subway met Credit Suisse in onderhandeling over een nieuwe huurovereenkomst tussen Subway en Credit Suisse. Na bijna een jaar onderhandelen beëindigde Credit Suisse de onderhandelingen. Partijen kwamen er niet uit, maar Subway had ondertussen in het geheel geen huur betaald tijdens de onderhandelingsperiode. Credit Suisse vorderde van Subway een gebruiksvergoeding voor deze periode. Primair legde zij aan deze vorderingen analoge toepassing van de art. 7:225 en 7:230a BW ten grondslag en subsidiair entte Credit Suisse de vorderingen op de art. 6:162 BW en (en daar gaat het hier om) 6:212 BW. In cassatie was nog slechts die laatste grondslag (ongerechtvaardigde verrijking) van belang. Het hof had het zogenaamde 'theoretische gemis' van de mogelijkheid om de bedrijfsruimte zelf te kunnen gebruiken of aan een derde te kunnen verhuren, onvoldoende geacht voor het aannemen van schade als bedoeld in art. 6:212 BW. De Hoge Raad ziet dit echter anders door te overwegen dat het onderhavige geval hierdoor wordt getypeerd dat Subway, als zittende onderhuurder, na beëindiging van de huurovereenkomst die haar contractuele wederpartij Easy met Credit Suisse had gesloten, met Credit Suisse had onderhandeld over de totstandkoming van een huurovereenkomst met haar en dat Subway de bedrijfsruimte was blijven gebruiken gedurende de periode waarin de onderhandelingen voortduurden en dat de onderhandelingen waren afgebroken zonder dat tussen partijen een huurovereenkomst tot stand was gekomen. Onder zodanige omstandigheden is, aldus de Hoge Raad, voor dit voortgezette gebruik in beginsel een gebruiksvergoeding verschuldigd op voet van art. 6:212 BW. De verrijking acht de Hoge Raad aanwezig omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt. Daarbij lijdt, aldus de Hoge Raad, Credit Suisse ook daadwerkelijk schade ten gevolge van de verrijking, zodat tegenover de verrijking een verarming van Credit Suisse staat, waaraan niet afdoet dat Credit Suisse niet elders vervangende bedrijfsruimte heeft hoeven te huren en dat Credit Suisse door het gebruik door Subway ook niet is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. De betreffende schade dient aldus naar objectieve maatstaven te worden berekend.

Opvallend daarbij is dat de Hoge Raad niet alleen het hof, maar ook de advocaat-generaal niet volgt. De advocaat-generaal acht het 'theoretisch gemis' van de mogelijkheid om de bedrijfsruimte zelf te exploiteren onvoldoende om de verrijking en daarmee de schade aan te kunnen tonen, waarmee de advocaat-generaal lijkt te kiezen voor een concrete schadeberekenningsmethodiek bij ongerechtvaardigde verrijking. Door te kiezen voor een abstracte schadeberekening bij ongerechtvaardigde verrijking lijkt de Hoge Raad de werking van art. 6:212 BW in praktische zin belangrijk te verruimen. Veel 'ongerechtvaardigde verrijkingszaken' stranden immers op de omstandigheid dat het in de praktijk veelal lastig is om de concrete verarming aan te tonen. Wanneer de verarming naar objectieve maatstaven moet

worden berekend, verwacht ik dat het praktische toepassingsgebied van art. 6:212 BW groter zal worden. Vanuit dogmatische optiek merk ik overigens op dat, bij toepassing van een objectieve schadeberekening, met de verrijking in zekere zin ook de verarming en daarmee het causale verband tussen de verrijking en de verarming is gegeven. In die zin wordt de drempel voor een beroep op art. 6:212 BW dus (ook) een stukje lager en lijkt nog slechts (of misschien wel: vooral) van belang de normatieve vraag naar de gerechtvaardigheid van de schadevergoeding en de redelijkheid van de omvang daarvan. Dit zijn echter louter normatieve vragen en geen materiële vragen (meer).

4.4 *Bewijsbeslag in niet-IE-zaken*

Wellicht een vreemde eend in de bijt in een kroniek over het contractenrecht, maar voor de contractenrechtelijke praktijk wel van groot belang en, zo stel ik vast, sindsdien ook in toenemende mate toegepast, betreft het bewijsbeslag in niet-IE-zaken dat mogelijk is geworden door de uitspraak van de Hoge Raad van 13 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9958). Tot dit arrest was twijfelachtig of de Hoge Raad bewijsbeslag in niet-IE-zaken zou toelaten, maar dat is nu het geval, zij het dat de Hoge Raad voor wat betreft een groot aantal criteria dat daarbij in acht moet worden genomen, 'leentje buur' speelt bij art. 1019b lid 1 jo. art. 1019c lid 1 Rv en de rechtspraak omtrent bewijsbeslag in IE-zaken. Uiteraard is men er met een succesvol bewijsbeslag nog niet; om daadwerkelijk iets met de in bewijsbeslag genomen zaken of administratie (waar het binnen de contractenrechtelijke rechtspraktijk veel om zal gaan) te kunnen doen, zal men daadwerkelijk succesvol afgifte of inzage van de in beslaggenomen zaken moeten vorderen, doorgaans via een procedure op grond van art. 843a Rv. Dat is een aparte juridische toets die (veelal in kort geding) zal moeten worden aangelegd, maar het ligt in de lijn der verwachting dat, behoudens gewijzigde omstandigheden, de partij die zich tegen afgifte of inzage verzet, van goeden huize zal moeten komen om afgifte of inzage te voorkomen indien verlof tot het leggen van bewijsbeslag reeds is verleend, gezien de stringente voorwaarden waaraan een verlof tot het leggen van bewijsbeslag moet voldoen.

Tot zover enkele door mij met enige voorzichtigheid gesignaleerde trends en belangwekkende uitspraken op het gebied van het contractenrecht en het contractenrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Het is goed om te zien dat ons recht ook op deze gebieden volop in beweging is en blijft.