

Civiele Procespraktijk

Beste lezers van onze nieuwsbrief,

Een persoonlijke noot, niet bij de bespreking van de Hoge Raad-uitspraken, die wij, zoals u van ons gewend bent, graag kort en kernachtig houden. Ik wil (en dan ook heel kort) stilstaan bij mijn terugkeer bij Ekelmans & Meijer en in de cassatiepraktijk na mijn dekenaat, dat ik op 1 juli jl. heb overdragen aan mijn opvolger, mr. Arjen van Rijn. Ik was natuurlijk niet echt weg, maar de afgelopen drie jaar stonden u en de cassatiedossiers wel op de achtergrond. De eervolle taak die ik voor de balie, waaronder ook de cassatiebalie, heb mogen vervullen was heel divers, hectisch en leerzaam. Wat hetzelfde bleef – en intensiever werd – was het contact en de samenwerking met andere advocaten. Ook al ging het dan niet over een cassatiezaak, maar over andere onderwerpen en problemen, ook daar kon ik sparring-partner zijn. Dat vond ik eigenlijk het leukste aan de baan. Ik hoop dat, nu ik weer 'gewoon' advocaat ben, ik dat nog lang mag blijven doen.

Met vriendelijke groet,

David de Knijff



Nr. 45 – september 2018

De volgende onderwerpen worden behandeld:

- [Maatstaven toewijzing voorlopig getuigenverhoor](#)
- [Borgtocht is een eenzijdige overeenkomst: geen ontbinding](#)
- [Verbod van *reformatio in peius* in hoger beroep](#)
- [Voordeelsverrekening: ook van derden ontvangen voordelen](#)

Maatstaven toewijzing voorlopig getuigenverhoor (HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1433)

- Een werknemer stuurt als klokkenluider een gefingeerde brief aan de Belastingdienst over misstanden bij zijn werkgever. Er volgt een strafrechtelijk onderzoek.
- De werkgever wil helderheid over deze brief. Hij verzoekt een voorlopig getuigenverhoor om de klokkenluider, medewerkers van de Belastingdienst, de FIOD en twee officieren van justitie te laten horen. De kantonrechter wijst het verzoek toe. Het hof vernietigt, beperkt het verhoor en sluit de ambtenaren uit.

Het hof acht het gewenste onderzoek te ruim en acht gevaar aanwezig van doorkruising van de strafrechtelijke procedure.

- De Hoge Raad vernietigt. Naast bewijslevering, kan een voorlopig getuigenverhoor er ook toe strekken de eiser vooraf helderheid te geven over de feiten en zijn (bewijs)positie. Daarom hoeft op voorhand niet duidelijk te zijn wat de getuigen kunnen verklaren over de feiten waarover het verhoor zal gaan.
- Een voorlopig getuigenverhoor kan worden afgewezen, indien daar een zwaarwichtig bezwaar tegen bestaat, bijvoorbeeld omdat aannemelijk is dat door het verhoor *daadwerkelijk* een verstoring zal plaatsvinden van het strafrechtelijk onderzoek. Voorts kan de rechter het verzoek afwijzen ten aanzien van bepaalde onderwerpen, vragen of getuigen. Hij kan ook beletten dat een getuige bepaalde vragen beantwoordt die niet van belang zijn voor de civiele zaak, maar uitsluitend voor de strafzaak.

Borgtocht is een eenzijdige overeenkomst: geen ontbinding (HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915)

- De hoofdschuldenaar lost een krediet niet tijdig af. De bank doet eerst een herstructureringspoging en licht daarna de borg in. De hoofdschuldenaar faillieert en de bank gaat over tot uitwinning van de borg.
- De borg voert als verweer dat de bank haar pas heeft geïnformeerd, toen haar pandrecht op de aandelen in de hoofdschuldenaar niets meer waard was en vordert ontbinding c.q. schadevergoeding. De rechtbank honoreert dit verweer niet en wijst de vorderingen van de borg af.
- Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, omdat de borg niet is geslaagd in het bewijs dat zij haar schade zou hebben beperkt als zij wel tijdig was geïnformeerd.
- In cassatie klaagt de borg dat het hof ten onrechte niet heeft beslist op de vordering tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst.
- De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Ontbinding van de borgtocht ex art. 7:850 lid 1 BW is niet mogelijk, omdat zij een zuiver eenzijdige overeenkomst betreft. Tegenover de prestatie van de borg staat namelijk geen verbintenis van de wederpartij. (De zorgvuldigheidsplicht van de bank en de nevenverplichtingen van art. 6:154 BW gelden niet als verbintenis die tegenover de borgstelling staat; bij niet nakoming van deze verplichtingen heeft de borg wel recht op schadevergoeding.)

Ontbinding is wél mogelijk, indien de schuldeiser verplichtingen is aangegaan die in zo nauwe samenhang staan tot de borgstelling, dat daarmee sprake is van een wederkerige overeenkomst als bedoeld in art. 6:261 lid 2 BW.

Verbod van *reformatio in peius* in hoger beroep (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1211)

- Partijen zijn het oneens over de verdeling van de huwelijksgemeenschap. De man en de vrouw bezitten ieder 50 % van de aandelen in de ondernemingen van de vrouw. De man heeft een eenmanszaak.
- De rechtbank deelt iedere partij haar eigen ondernemingen toe, telkens tegen verrekening van de helft van de waarde ervan.
- Alleen de man gaat in hoger beroep. Partijen wensen geen deskundigenonderzoek en blijven de waardebepaling over en weer betwisten.
- Het hof deelt partijen daarom ook ieder hun eigen onderneming toe, maar *zonder* de verrekening van de waarden én onder de verplichting van de man de

schulden van zijn onderneming als eigen schulden te voldoen.

- De Hoge Raad vernietigt. Uitsluitend de man heeft appel ingesteld. Tegen de achtergrond van het processuele debat stond het het hof niet vrij om partijen ieder haar eigen onderneming toe te delen zonder verrekening van de waarden. De omstandigheid dat het hof de waarde van de ondernemingen niet kon vaststellen, maakt dit niet anders. Op grond daarvan had het hof de grief van de man tegen deze beslissing van de rechtbank mogen verwerpen, maar niet de onderhavige beslissing in de plaats stellen van die van de rechtbank. Gelet op de onbekendheid van de waarde van de ondernemingen, kan immers niet worden uitgesloten dat de beslissing van het hof een verslechtering voor de man inhoudt ten opzichte van de beslissing van de rechtbank.

Voordeelsverrekening: ook van derden ontvangen voordelen **(HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1027)**

- Een bedrijfspand wordt aan twee verschillende kopers verkocht. Er wordt geleverd aan de tweede koper. De eerste koper (A) heeft daarom recht op een boete van de verkoper. Hij heeft ook recht op schadevergoeding, omdat de tweede koper het pand heeft gesloopt en levering aan hem onmogelijk heeft gemaakt. De tweede koper wil dat de door A ontvangen boete ex art. 6:100 BW als voordeel wordt verrekend met zijn schadevergoeding.
- Het hof verwerpt dit verzoek, omdat A de boete van een ander krijgt.
- De Hoge Raad vernietigt. De Hoge Raad verwijst naar HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB). Daaruit blijkt dat voordeel kan worden verrekend indien dat in condicio sine qua non-verband staat met de normschending én verrekening redelijk is gelet op art. 6:98 BW. Bij die maatstaf is niet beslissend dat A de boete van een derde ontvangt.

-
De nieuwsbrief Civiele Procespraktijk is bestemd voor correspondenten van de Sectie Cassatie van Ekelmans & Meijer Advocaten en voor andere geïnteresseerden, en verschijnt vier keer per jaar. Een ieder die zich wil abonneren op deze – gratis – nieuwsbrief, kan zich aanmelden op het adres cassatie@ekelmansenmeijer.nl. Ook afmeldingen kunnen aan dit adres worden gericht.

Voetnoten

- [HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1433](#); NJB 2018/1654
- [HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915](#); RvdW 2018/726
- [HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1211](#); NJB 2018/1526
- [HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1027](#); NJ 2018/294