huurovereenkomst, voor zover daarvan niet was afgeweken, onverkort van kracht zouden blijven. De bedoeling van de oorspronkelijke partijen is echter (slechts) van belang voor de uitleg van het beding, niet voor de vraag of het beding van rechtswege op rechtsopvolgers van de verhuurder overgaat. Dat andere opvolgende verhuurders zich wel gebonden achtten, doet hieraan dan (vanzelfsprekend) niet af. De allonge komt in het arrest niet terug. Gelet op de formulering is hiermee ook niet meer beoogd dan een aanvulling op de huurovereenkomst zoals deze na de van rechtswege overgang tussen partijen gold. Het voorkeursrecht maakte daarvan toen al geen deel meer uit.
Het is overigens goed om voor ogen te houden dat de onderhavige zaak betrekking had op een voorkeursrecht van koop en niet op de koopoptie die de wetgever voor ogen stond. Een voorkeursrecht geeft niet meer dan de bevoegdheid om van de eigenaar te verlangen dat hij zijn zaak eerst aan de voorkeursgerechtigde te koop aanbiedt áls deze zich voorneemt tot verkoop over te gaan. Een koopoptie geeft de gerechtigde een eenzijdig wilsrecht om een koopovereenkomst tot stand te brengen, waaraan de optieverlener zich bij voorbaat gebonden heeft. Zie hierover: Asser-Hijma 5-I, p. 184-187, 189-190. Bij een koopoptie, in het bijzonder bij financial lease, is het niet ongebruikelijk dat voor de duur van de optie een vergoeding wordt betaald die uiteindelijk verdisconteerd wordt in de koopsom. Voor een voorkeursrecht van koop wordt daarentegen veelal geen afzonderlijke vergoeding betaald, terwijl de prijs steevast pas wordt bepaald op het moment dat de eigenaar wil gaan verkopen.
De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat een voorkeursrecht van koop in het algemeen zozeer los zal staan van het gebruik van het gehuurde dat het beding niet van rechtswege op de opvolgend verhuurder zal overgaan. Voor de huurder betekent dit dat hij zijn voorkeursrecht niet meer tegen de (nieuwe) eigenaar van de zaak kan uitoefenen. Wil de huurder dit voorkomen, dan rest hem weinig anders dan het opnemen van een kettingbeding dat de verhuurder verplicht het voorkeursrecht aan rechtsopvolgers op te leggen, te versterken met een boete mogelijk zeker te stellen met een hypotheekrecht op het gehuurde. Ook dat biedt geen zekerheid, maar wel de genoegdoening van een contractuele boete – al dan niet gevolgd door executie – en mogelijk een opmaat naar een vordering uit onrechtmatige daad jegens de nieuwe eigenaar die profiteert van de wanprestatie van de oorspronkelijke verhuurder.

E.E. van der Kamp

400

Hoge Raad
15 juni 2007, nr. C06/058HR, LJN BA1522
(mr. Fleers, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Numann, mr. Hammerstein, mr. Bakels)
(concl. A-G mr. Huydecoper)
Noot Schijns

Geldvordering in kort geding. Nevenvordering. Spoedeisend belang. Proceseconomie.

Indien de hoofdvordering voldoende spoedeisend is om in kort geding te worden beoordeeld, is de proceseconomie ermee gebaat dat in hetzelfde geding ook over een daarmee nauw verwante nevenvordering, zoals over een vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten, wordt beslist.

[Rv art. 254]

Eisers hebben in kort geding gevorderd gedaagden te verbieden auto's en andere objecten op hun perceel zo te plaatsen dat de uitoefening van de erfdienstbaarheid (een recht van overpad/uitweg) wordt belemmerd. Daarnaast hebben eisers een bedrag aan buitengerechtelijke kosten gevorderd. Ten aanzien van de geldvordering stelt de Hoge Raad de in vaste rechtspaak geformuleerde regel voorop dat een voorziening tot betaling in een kort geding slechts uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden, waarbij de feiten en omstandigheden moeten worden aangewezen die meebrengen dat sprake is van onverwijlde spoed. Tevens wordt overwogen dat indien de hoofdvordering voldoende spoedeisend is om in kort geding te worden beoordeeld, de proceseconomie ermee gebaat is dat in hetzelfde geding ook wordt beslist over nauw daarmee verwante nevenvorderingen, zoals een vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Indien de hoofdvordering voldoende spoedeisend is en de nevenvordering niet of onvoldoende wordt betwist, mag in beginsel worden aangenomen dat ook toewijzing van genoemde nevenvordering uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is.

1. *[Eiser 1]*,
2. *[eiseres 2]*, beiden te [woonplaats],
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. P.J.L.J. Duijsens,
tegen
1. *[verweerder 1]*,
2. *[verweerster 2]*, beiden te [woonplaats],
verweerders in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Feiten en procesverloop
(...; *Red.*)

Bespreking van het cassatiemiddel
4. Het cassatiemiddel bestrijdt, zoals ik al aanstipte, alleen het oordeel van het hof over de toewijsbaarheid van (een voorschot op de vordering wegens) buitengerechtelijke kosten.
Ik zal eerst de rechtsleer zoals die zich over dit gegeven – ik bedoel dan: de toewijzing van voorschotten op geldvorderingen in kort geding – heeft ontwikkeld, kort weergeven.

5. In een van de eerste beslissingen daarover, HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505 m.nt. WHH, rov. 3, wordt in verband hiermee overwogen dat terughoudendheid bij de toewijzing op zijn plaats is, mede met het oog op het zgn. "restitutierisico";[5] en dat van de rechter die een dergelijke vordering toewijst mag worden verlangd dat de omstandigheden op grond waarvan "spoedeisend belang" aan de kant van de eiser wordt aangenomen, naar behoren worden aangewezen.

6. Als ik het goed zie, wijkt de rechtspraak die later gevolgd is, op nuances van de zojuist weergegeven overweging af. De aanvankelijk benadrukte terughoudendheid krijgt dan (wat) minder nadruk.[6] Ook op het restitutierisico komt in elk geval in zoverre minder nadruk te liggen, dat een wezenlijk restitutierisico niet aan toewijzing in de weg hoeft te staan[7] én dat de rechter alleen dan expliciet aan het restitutierisico aandacht behoeft te geven als daar door de verweerder een gemotiveerd beroep op is gedaan.[8] De latere rechtspraak geeft aan dat men zich moet concentreren op een weging van drie (groepen van) factoren: de aannemelijkheid van de vordering, het restitutierisico,[9] en de overigens gebleken belangen van partijen.[10]

7. Er is overigens – volgens mij terecht – op gewezen dat restitutierisico's aan (alle) bij voorraad uitvoerbare beslissingen inherent zijn;[11] en dat niet dadelijk valt in te zien waarom daaraan bij de geldvordering in kort geding veel méér gewicht zou toekomen dan als het gaat om andere bij voorraad uitvoerbare beslissingen (al-dan-niet in kort geding).[12]

8. In de rechtspraak van de Hoge Raad keert wél telkens terug het vereiste, dat als het gaat om geldvorderingen in kort geding het feit dat een onverwijlde voorziening bij voorraad geboden is (eerder omschreef ik dat met de uitdrukking "spoedeisend belang") behoorlijk moet worden onderbouwd. In dat opzicht rust, als het om een geldvordering in kort geding gaat, (dan) ook op de kort geding-rechter een "verzwaarde" motiveringsplicht.[13]

9. Ik vermoed dat alléén in dit opzicht de geldvordering in kort geding een bijzondere plaats inneemt, en dat overigens een dergelijke vordering, op de voet zoals in alinea 6 hiervóór aan het slot aangestipt, moet worden beoordeeld aan de hand van wegingsfactoren die voor andere vorderingen in kort geding niet wezenlijk anders liggen. Dat lijkt mij ook begrijpelijk: bij toewijzing van een geldvordering heeft men nu eenmaal maar bij uitzondering een zodanig belang dat dat een voorziening bij voorraad wettigt: als er geen liquiditeitsnood is, valt gewoonlijk niet in te zien waarom de zaak niet het uitstel kan velen dat aan de "gewone" rechtsgang inherent is.[14] Wat dat betreft verschilt de geldvordering van, bijvoorbeeld, vorderingen die strekken tot staking van het stelselmatig schenden van de subjectieve rechten van zijn wederpartij: zulke vorderingen zijn van dien aard dat het spoedeisend belang "er dik bovenop ligt" – zodat nadere motivering van het oordeel dat dat belang aanwezig is, niet pleegt te worden gevergd.[15]

5 Daarmee wordt bedoeld het risico dat de partij die een dergelijke veroordeling te haren gunste krijgt en ook naleving daarvan bewerkstelligt, bij een beslissing ten gronde in de tegengestelde zin niet in staat blijkt het geïncasseerde bedrag terug te betalen (en ook geen verhaal biedt).

6 Waarschijnlijk omdat gevallen aan de Hoge Raad werden voorgelegd waarin weliswaar over de gegrondheid van de vordering van de eiser twijfel kon bestaan en ook een wezenlijk restitutierisico niet viel te ontkennen, maar het belang van de eiser bij toewijzing van dien aard was, dat toewijzing niettemin geboden werd geacht (ik denk dan aan de zaken, beoordeeld bij HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602, rov. 3.5.1-3.5.3 (zie ook alinea 2.2 van de conclusie van A-G Langemeijer), HR 14 juni 2002, NJ 2002, 395, rov. 3.4-3.6 en HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714, rov. 3.3-3.5). Met een werkelijk als "terughoudend" te kwalificeren benadering zijn zulke beslissingen alleen te verenigen, als men de terughoudendheid niet te strikt opvat. Maar "soepel" op te vatten terughoudendheid laat zich weer niet zo makkelijk voorstellen. Dat kan verklaren waarom dit aspect in de latere rechtspraak wat naar de achtergrond is verplaatst.

7 Zie behalve de in de vorige voetnoot aangehaalde beslissingen bijvoorbeeld HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84 m.nt. WLH, rov. 3.

8 Zie nogmaals de in voetnoot 6 aangehaalde rechtspraak.

9 Dat deze gegevens elkaar beïnvloeden, in die zin dat bij een in hoge mate aannemelijke vordering minder rekening is te houden met de kans op restitutieproblemen, blijkt bijvoorbeeld uit alinea 2.5 van de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602; alinea 2.6 van de conclusie van A-G Bakels voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV; zie ook Eeken, NTBR 2002, p. 534-536.

10 HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602, rov. 3.5.1; HR 30 juni 2000, NJ 2001, 389 m.nt. HJS, rov. 3.4.1; HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714, rov. 3.3; zie overigens reeds alinea's 53-61 van de conclusie van A-G Leijten voor HR 19 juni 1987, NJ 1988, 72 m.nt. PAS; T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2005, Tonkens-Gerkema, Boek 1, Titel 2, Afd. 14, Inleidende Opmerkingen, aant. 4 onder d); Hugenholtz-Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 2006, p. 146.

11 Men moet "restitutie" dan wat ruimer opvatten, in de zin van: het ongedaan maken c.q. zo veel mogelijk herstellen van wat ten gevolge van een later als onjuist beoordeelde rechterlijke beslissing is gepresteerd. Het laat zich denken dat "restitutie" van wat op grond van een later onjuist bevonden verbod of bevel is gepresteerd, de rechthebbende voor problemen kan plaatsen die zeker niet onder doen voor die, die zich bij verhaal van ten onrechte betaalde geldbedragen kunnen voordoen.

12 Voetnoot 7 bij de conclusie van A-G Bakels voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV, verwijzend naar alinea 2.3 van de conclusie van A-G Asser voor HR 19 februari 1988, NJ 1988, 658.

13 Dit vereiste is al te vinden in de eerder aangehaalde "leading case" HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505 m.nt. WHH, rov. 3; zie verder, naast de in voetnoot 6 genoemde beslissingen uit 2002 en 1992, bijvoorbeeld HR 30 juni 2000, NJ 2001, 389 m.nt. HJS, rov. 3.4.1 e.v.; HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV, rov. 3.2; alinea 12 van de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 14 juni 2002, NJ 2002, 395.

14 Ik maak een kort terzijde voor een argument dat ik bij Eeken, NTBR 2002, p. 532, aantrof (zie ook alinea 2.5 van de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602): men zou zich tegen het risico van insolventie van zijn debiteur, behalve door snelle incasso (bijvoorbeeld in kort geding), ook kunnen "indekken" door ten laste van die debiteur conservatoir beslag te laten leggen. Hier kan sprake zijn van een misverstand: beslag schept immers geen preferentie. In geval van insolventie van de debiteur heeft de crediteur dus niet of nauwelijks profijt van het feit dat hij beslag heeft laten leggen. Wat dat betreft kan een geslaagde incasso-in-kort-geding dus wel degelijk voordelen bieden.

15 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602 m.nt. DWFV, rov. 3.2.3, verwijzend naar HR 23 januari 1998, NJ 2000, 544, rov. 3.3.

10. Tegen deze achtergrond wil ik de klachten van het middel bespreken.
Middel 1 klaagt dat het hof onvoldoende recht heeft laten wedervaren aan de verzwaarde motiveringseis die de rechtspraak van de Hoge Raad aanlegt als het gaat om (het spoedeisend belang bij) geldvorderingen in kort geding; en dat althans het nauwe verband tussen de "hoofdvordering" (ik herinner eraan dat die in dit geval voorzieningen betrof om [verweerder] c.s. de toegang tot de hun toekomende uitweg te hergeven, of om belemmeringen daaraan weg te nemen) en de buitengerechtelijke kosten, onvoldoende grond oplevert om ook ten aanzien van de geldvordering een spoedeisend belang aan te nemen.
11. Ik denk dat deze klacht in beide opzichten gegrond is.
In de rechtspraak van de Hoge Raad is nog recentelijk geoordeeld dat verschillende vorderingen in kort geding als het gaat om het daarmee verbonden spoedeisend belang, op hun eigen merites beoordeeld moeten worden, en dus niet over één kam mogen worden geschoren;[16] en althans mij wil niet duidelijk worden hoe het hof zich het "nauwe verband" tussen de thans in cassatie te beoordelen incassovordering en de "hoofdvordering" betreffende het herstel van de aan [verweerder] c.s. toekomende uitweg heeft voorgesteld, in dier voege dat het spoedeisend belang dat bij de ene voorziening aannemelijk is, dat dan "meteen" ook voor de andere zou zijn. Men is geneigd te denken dat het – bij wege van voorschot – terugvergoed krijgen van een (niet opmerkelijk groot) bedrag aan buitengerechtelijke kosten, hoezeer dat ook als aangenaam is te ervaren, maar bij betrekkelijk zeldzame uitzondering als iets spoedeisends kan worden beschouwd; en dat het enkele feit dat er verband bestaat met een andere vordering van geheel andere aard alléén, in elk geval geen spoedeisend belang kan opleveren.[17] A fortiori geldt dan, dat niet voldaan is aan de uit de rechtspraak van de Hoge Raad naar voren komende eis, dat naar behoren wordt aangegeven waarom de rechter meent dat een onverwijlde voorziening bij voorraad aangewezen is. Aan de "verzwaarde" motiveringsplicht voldoet de hier gegeven motivering niet.
12. Ik vermeld daarbij dat ook het door het hof (in rov. 4.7.1) genoemde argument dat de goede procesorde zich tegen afzonderlijke beoordeling zou verzetten, mij niet afdoende lijkt. Dat argument speelde eveneens een rol in de zaak die in HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV werd beoordeeld. A-G Bakels wijdt er aandacht aan in alinea 2.8 van zijn conclusie voor dat arrest (en beoordeelt het als niet-aannemelijk). Gezien de uitkomst van het arrest, neem ik aan dat ook de Hoge Raad het niet als doorslaggevend heeft beoordeeld. Ik zou mij daarbij willen aansluiten: er is op zichzelf wel wat voor te zeggen dat partijen niet genoodzaakt zouden worden om apart te hoeven procederen over voorlopige voorzieningen en de daarmee verband houdende geldvorderingen terzake van schade; maar de eerder beschreven rechtspraak heeft nu eenmaal – op evenzeer respectabele gronden – voor een andere weg gekozen. Het onderhavige argument zou in feite op iedere combinatie van een schade(geld)vordering met een andere kort geding-vordering toepasbaar zijn, en daarmee de uitkomst waartoe de beschreven rechtspraak is gekomen voor deze groep van gevallen onderuit halen. Dat zou op z'n minst een brede marge voor uiteenlopende beslissingen en willekeur introduceren, en zo de "hanteerbaarheid" van dit leerstuk ondergraven. Dat verdient allemaal geen aanbeveling.
13. Middel 2 betreft een ander aspect: het voert aan dat [eiser] c.s. zich er op zouden hebben beroepen dat [verweerder] c.s. de buitengerechtelijke kosten waarop de "nevenvordering" betrekking had, reeds – althans voor een belangrijk deel – ten laste van "hun" rechtsbijstandsverzekeraar zouden hebben gebracht, en dat het argument dat het hof in rov. 4.7.2 aan de rechtsbijstandsverzekering wijdt, langs deze stelling heen gaat.[18]
In dit opzicht meen ik, dat het middel ondeugdelijk is. Op de in de cassatiedagvaarding aangehaalde plaatsen in de stukken is namelijk namens [eiser] c.s. niet aangevoerd dat de rechtsbijstandsverzekeraar van [verweerder] c.s. de buitengerechtelijke kosten voor zijn rekening zou hebben genomen – er wordt telkens alleen gesteld dat [verweerder] c.s. een rechtsbijstandsverzekering hébben.[19] In hoeverre daar ook een beroep op is gedaan (en betalingen van de verzekeraar zijn verkregen), wordt verder niet toegelicht.
14. Het hof kon de stellingen van [eiser] c.s. daarom zo begrijpen (en het heeft die stellingen ook kennelijk zo begrepen), dat alleen werd betoogd dat het enkele feit dat [verweerder] c.s. verzekerd waren al meebracht, dat de bedoelde kosten niet aan hen ([eiser] c.s.) in rekening mochten worden gebracht. Dat argument kon het hof weerleggen met zijn vaststelling – in rov. 4.7.2 – dat [verweerder] c.s. ervoor konden kiezen om niet hun verzekeraar als eerste aan te spreken, maar [eiser] c.s. 1133
15. Meer in het algemeen kan een debiteur zich gewoonlijk niet aan aansprakelijkheid onttrekken door er op te wijzen dat de crediteur ook bij andere debiteuren terecht kan: men ziet gemakkelijk in hoe bezwaarlijk het zou zijn wanneer dergelijk "met de vinger naar elkaar wijzen" wél zou worden gehono-

16 HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV, rov. 3.2.

17 In dit opzicht (namelijk: dat het hier gaat om een geldvordering naast een "hoofdvordering" van geheel andere aard, waarbij dan ook, naar mag worden aangenomen, wezenlijk andere belangen betrokken zijn), verschilt deze zaak van die waarom het ging in Hof 's Hertogenbosch 23 januari 1996, NJ 1996, 589 (waar een geldvordering ook als "hoofdvordering" was ingesteld); zie daarover ook alinea's 2.9 en 2.10 van de conclusie van A-G Bakels voor HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV. In zo'n geval kan men althans begrijpen dat de belangen bij de "hoofdvordering" worden aangemerkt als (nagenoeg) gelijk aan die, die de bijkomende vordering betreffen.

18 Misschien bedoelt het middel (slechts) te stellen dat het hof het hier bedoelde gegeven uit de gedingstukken had kunnen (en moeten) opmaken. In dat geval zou het middel miskennen dat de rechter geen gronden voor zijn oordeel mag bezigen die men weliswaar uit in de procedure gebleken feiten en omstandigheden kan opmaken, maar die niet door een partij aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd (zie bijvoorbeeld HR 12 januari 2007, RvdW 2007, 88, rechtspraak.nl LJN AZ1492, rov. 3.4; HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233, rov. 3.3).

19 In de pleitnota in eerste aanleg, alinea 22, wordt toegevoegd: "en hij (bedoeld is: [verweerder]) voornoemde kosten niet zelf heeft behoeven te maken.". Ik meen dat het hof ook hier niet uit behoefde af te leiden dat de verzekeraar de kosten al had betaald (of: die alsnog voor zijn rekening zou nemen): men kan deze zinsnede ook zo begrijpen dat [verweerder] c.s. de verzekeraar voor deze kosten hadden kunnen aanspreken – en zo heeft het hof [eiser] c.s. kennelijk verstaan. Onbegrijpelijk vind ik dat geenszins.

reerd.[20] Dat geeft meteen ook aan waarom het argument dat het middel aan art. 6:100 BW ontleent, niet behoort te worden aanvaard.[21]

16. Hiervóór heb ik aangegeven dat de klachten van middel 1 mij gegrond toeschijnen. Ik denk ook dat de Hoge Raad, wanneer die deze klachten eveneens als gegrond zou aanmerken, de zaak in de omvang waarin die in cassatie voorligt zelfstandig kan afdoen. Ik heb in de stukken geen argumenten aangetroffen die, naast het te verwerpen argument van de samenhang tussen de verschillende kort geding-vorderingen van [verweerder] c.s., ertoe strekken het spoedeisend belang bij de vordering wegens buitengerechtelijke kosten te onderbouwen. Dat zo zijnde, kan die vordering niet worden toegewezen, en blijven er geen nog te onderzoeken stellingen over die tot een andere uitkomst kunnen leiden.[22]

5. Conclusie

Deze strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afwijzing van de vordering van [verweerder] c.s. terzake van een voorschot op schadevergoeding wegens buitengerechtelijke kosten; met veroordeling van [verweerder] c.s. in de kosten van het geding in cassatie.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – verder tezamen in enkelvoud te noemen: [verweerder] – hebben bij exploot van 21 juni 2004 eisers tot cassatie – verder tezamen in enkelvoud te noemen: [eiser] – in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank te 's-Hertogenbosch en kort gezegd gevorderd (i) [eiser] te verbieden auto's en andere objecten te plaatsen op het aan hem in eigendom toebehorende perceel, waarop ten gunste van [verweerder] een erfdienstbaarheid van weg rust, alsmede op de direct daarnaast gelegen uitrit in eigendom toebehorend aan [verweerder]. [Verweerder] heeft voorts een aantal nevenvorderingen ingesteld waaronder de veroordeling van [eiser] tot betaling van een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten en de veroordeling in de kosten van onderhavige procedure, met wettelijke rente.

[Eiser] heeft de vorderingen bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 20 juli 2004 de vordering onder (i) toegewezen. (...; *Red.*) Bij vonnis van 1 februari 2005 heeft de voorzieningenrechter de overige vorderingen afgewezen onder compensatie van de proceskosten, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Tegen het vonnis van 1 februari 2005 heeft [verweerder] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Bij arrest van 6 december 2005 heeft het hof – voorzover in cassatie van belang – het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, [eiser] veroordeeld:

– aan [verweerder] een bedrag te voldoen van € 12.106,33 als vergoeding voor buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de daarover verschuldigde rente vanaf de dag van het uitbrengen van de dagvaarding in eerste aanleg;

– in de proceskosten van de eerste aanleg en van hoger beroep.

(...; *Red.*)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. (...; *Red.*)

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afwijzing van de vordering van [verweerder] ter zake van een voorschot op schadevergoeding wegens buitengerechtelijke kosten, met veroordeling van [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het gaat in dit kort geding om een burengeschil. In de feitelijke instanties stond centraal de vraag of [eiser] zijn buurman [verweerder] onaanvaardbaar heeft gehinderd in de uitoefening van een, ten gunste van het erf van laatstgenoemde, op zijn erf rustende erfdienstbaarheid van uitweg. [Verweerder] heeft niet alleen een verbod van deze hinder gevraagd, maar ook veroordeling van [eiser] in de buitengerechtelijke kosten die hij, [verweerder], heeft moeten maken.

De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorzieningen ter bestrijding van de gestelde hinder ten dele toegewezen, en voor het overige geweigerd. Zij heeft de gevraagde veroordeling tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten afgewezen omdat [verweerder] daarbij naar haar oordeel onvoldoende spoedeisend belang had.

Het hof heeft, met vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter, de gevraagde voorzieningen ter kering van de gestelde – en door het hof voorshands voldoende aannemelijk geachte – hinder alsnog geheel toegewezen. Hetzelfde geldt voor de vordering tot vergoeding van de door [verweerder] gemaakte buitengerechtelijke kosten. Die laatste beslissing werd door het hof aldus gemotiveerd, dat de vordering in zodanig nauw verband staat met de primaire hoofdvordering(-en) dat daardoor het spoedeisend belang geacht wordt zich over deze nevenvordering uit te strekken, en dat een afzonderlijke behandeling van dit onderdeel van het gevorderde uit proceseconomisch oogpunt onaanvaardbaar is (rov. 4.7.1). Het hof overwoog verder dat vaststaat dat buitengerechtelijke kosten zijn

20 Art. 6:102 BW is op een geval van samenloop van wettelijke- en verzekeringsaansprakelijkheid niet rechtstreeks van toepassing, maar kan wel van overeenkomstige toepassing zijn – zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4 I, 2004, nr. 405. Voor een geval als dit lijkt overeenkomstige toepassing welhaast onvermijdelijk: de motieven waarop art. 6:102 BW berust zijn hier alle in dezelfde mate geldig, zie Asser-Hartkamp 4 I, 2004, nr. 459 en Parlementaire Geschiedenis Boek 6, 1981, p. 354. Zie in deze zin ook Schadevergoeding (losbl.), Boonekamp, art 102, aant. 3, verwijzend naar (alinea 3.3 van) de conclusie van waarnemend A-G Bloembergen voor HR 9 januari 1987, NJ 1987, 506. Zie ook Hof Amsterdam 9 januari 1997, NJkort 1997, 24, rov. 4.4 en 4.5.

21 Namens [eiser] c.s. wordt overigens met recht aangevoerd dat een rechtsbijstandsverzekering een "gewone" schadeverzekering is. Wanneer de verzekeraar de kosten aan [verweerder] c.s. zou vergoeden zouden deze hun vordering op [eiser] c.s. in zoverre verliezen, maar zou de verzekeraar door subrogatie in de rechten van [verweerder] c.s. treden. In materieel opzicht zouden [eiser] c.s. dus voor hetzelfde bedrag aansprakelijk blijven (al zou de bedoelde ontwikkeling allicht aan incasso in kort geding in de weg kunnen staan).

22 Men zou hier anders over kunnen denken wanneer men meent dat de hier verdedigde uitkomst een andere kostenveroordeling in appel tot gevolg kan hebben, en dat de weging daarvan door de "feitelijke" rechter behoort te geschieden. Ik zou intussen menen dat er onvoldoende aanleiding is voor heroverweging van de kostenveroordeling in appel, én dat dit gegeven niet rechtvaardigt, dat de zaak wordt verwezen – zie art. 421 (slot) Rv.

gemaakt en dat de redelijkheid van de gemaakte kosten door [eiser] niet met concrete argumenten is betwist (rov. 4.7.2).
3.2. [Eiser] is in cassatie uitsluitend opgekomen tegen de beslissing van het hof omtrent de door [verweerder] gevorderde buitengerechtelijke kosten. Onderdeel 1 voert daartoe aan, kort samengevat, dat het hof heeft miskend dat voor de spoedeisendheid ten aanzien van geldvorderingen verhoogde motiveringseisen gelden, dat de door het hof gehanteerde argumenten om de onderhavige nevenvordering toe te wijzen, onjuist en/of onbegrijpelijk zijn, en dat het hof heeft verzuimd de essentiële stelling van [eiser] te bespreken dat geen nauw verband bestaat tussen de hoofdvordering en de onderhavige nevenvordering.
3.3. Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is, en dat dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden moeten worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is (HR 14 april 2000, nr. C 98/270, NJ 2000, 489).
Het bestreden arrest moet aldus worden verstaan dat de ter motivering van de bestreden beslissing genoemde feiten en omstandigheden als hiervoor in 3.1 weergegeven, naar het oordeel van het hof voldoen aan de verzwaarde motiveringseisen die ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad hebben te gelden bij de toewijzing van een vordering in kort geding tot betaling van een geldsom. Voor zover het onderdeel erover klaagt dat het hof deze eisen in die zin heeft miskend dat het van oordeel is geweest dat die eisen hier niet van toepassing waren, kan het dus niet tot cassatie leiden.
3.4. Voor zover het onderdeel de klacht bevat dat het hof de in genoemd arrest van de Hoge Raad besloten norm niet goed heeft toegepast, althans zijn oordeel onbegrijpelijk heeft gemotiveerd, faalt het. Indien de hoofdvordering voldoende spoedeisend is om in kort geding te kunnen worden beoordeeld, is de proceseconomie ermee gebaat dat in hetzelfde geding ook over een daarmee nauw verwante nevenvordering als die ter zake van buitengerechtelijke kosten kan worden beslist. Daarbij valt te bedenken dat in het niet zeldzame geval dat de verliezende partij, eventueel na hoger beroep, zich bij het in kort geding gegeven rechterlijk oordeel neerlegt, noch een bijzonder partijbelang, noch het algemene belang dat terughoudendheid wordt betracht met een beroep op de rechter, ermee is gediend wanneer eiser uitsluitend wat betreft de onderhavige nevenvordering, naar een bodemprocedure wordt verwezen. Indien die vordering niet of onvoldoende wordt betwist en de hoofdvordering voldoende spoedeisend is, mag in beginsel worden aangenomen dat ook toewijzing van genoemde nevenvordering uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is.
Blijkens de hiervoor in 3.1 weergegeven motivering van zijn arrest heeft het hof alle hiervoor genoemde omstandigheden in zijn beoordeling betrokken. Het heeft dit op begrijpelijke wijze gedaan. Hieruit volgt dat het de in het arrest van 14 mei 2000 van de Hoge Raad vervatte eisen op de juiste wijze heeft toegepast en zijn oordeel bovendien voldoende heeft gemotiveerd. Dit geldt ook voor de verwerping van het verweer van [eiser] dat geen nauw verband bestaat tussen de hoofdvordering en de onderhavige nevenvordering.
3.5. Onderdeel 2 kan evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing
De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op nihil.

NOOT

1. Regelmatig worden in kort geding vorderingen tot betaling van een voorschot op schadevergoeding ingesteld, vgl. het incasso-kort geding. Dat is niet verwonderlijk gelet op de diverse voordelen die verbonden zijn aan een kort geding ten opzichte van het voeren van een bodemprocedure. Eén van de belangrijkste voordelen is de korte termijn waarop een beslissing in kort geding te verkrijgen is. Wel is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad bij een veroordeling in kort geding tot betaling van een geldsom onder meer vanwege het restitutierisico terughoudendheid op zijn plaats en gelden er verzwaarde motiveringseisen met betrekking tot het spoedeisend belang. Zie HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505, HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84 en HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704.
2. Ook in het onderhavige arrest wordt vooropgesteld dat "met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is, en dat dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden moeten worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is" (r.o. 3.3). Tot zover biedt het arrest een bevestiging van de sinds 1982 geldende regel.
3. Maar hoe in kort geding om te gaan met geldvorderingen die naast een andere vordering zijn ingesteld (hierna ook aangeduid als "nevenvordering")? Geldt daarvoor ook het terughoudende criterium en de verzwaarde motiveringseis met betrekking tot het spoedeisend belang? De vraag is relevant omdat in veel zaken, bijvoorbeeld in zaken over aansprakelijkheid wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, het voor de hand ligt de voorzieningenrechter naast het verbod op een inbreukmakende handeling ook een voorlopig oordeel te vragen over (een voorschot op) de verschuldigde schadevergoeding. In een zaak over persrecht oordeelde de Hoge Raad in 1987 dat een geldsom in kort geding kan worden toegewezen naast een verbod op de inbreukmakende handeling (namelijk de publicatie in een reisgids van een naaktfoto, HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277). Aan het spoedeisend belang bij de geldvordering wijdde de Hoge Raad niet meer woorden dan dat "een snelle reactie in de vorm van enig geldsbedrag in kort geding tot beperking van de schade kan leiden (r.o. 3.5)." Sindsdien wezen steeds meer voorzieningenrechters vooral in zaken van persrecht en intellectueel eigendomsrecht desgevorderd een voorschot op de schadevergoeding toe zonder te voldoen aan de verzwaarde motiveringsplicht.
4. Deze praktijk moest veranderen door HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 (Danestyle). In die zaak betrof de hoofdvordering een verbod om inbreukmakende artikelen op de markt te brengen en was als nevenvordering een voorschot op de schadevergoeding ingesteld. Het hof had overwogen dat de toewijzing van het verbod ook genoegzaam was voor de ontvankelijkheid van de geldvordering. De Hoge Raad casseerde dit: de spoedeisendheid van de hoofdvordering brengt niet automatisch die van de nevenvordering mee. De Hoge Raad aanvaardde voor dit soort nevenvorderingen dus geen uitzondering op de algemene eis van terughoudendheid,

ondanks pleidooien daartoe in de literatuur (zie onder meer T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten*, Deventer 1994, p. 126 e.v.).

5. Ook in de onderhavige zaak werd in kort geding geoordeeld over een nevenvordering in geld. Het hoofdgeschil ging om een burenruzie waarin voorzieningen werden gevorderd die ertoe strekten de toegang tot de aan oorspronkelijk eisers toekomende uitweg te hergeven, of om belemmeringen daaraan weg te nemen. Daarnaast werd ook gevraagd om veroordeling van gedaagden in de buitengerechtelijke kosten. Ten aanzien van deze nevenvordering heeft de voorzieningenrechter – in lijn met de hiervoor genoemde rechtspraak – geoordeeld dat eisers ten aanzien daarvan onvoldoende spoedeisend belang hadden. Het hof vernietigde dat oordeel en de Hoge Raad casseerde niet, ondanks het andersluidende advies van A-G Huydecoper. Als de hoofdvordering voldoende spoedeisend is om in kort geding te worden beoordeeld, kan in hetzelfde geding ook over een nauw daarmee verwante nevenvordering worden beslist, aldus de Hoge Raad. Spoedeisend belang bij de hoofdvordering impliceert dus in beginsel het spoedeisend belang van de daarmee nauw verwante nevenvordering, in ieder geval indien deze laatste niet of onvoldoende is betwist.
6. Op het eerste gezicht lijkt de Hoge Raad daarmee terug te komen van de in 2000 ingezette lijn dat het spoedeisend belang in beginsel ten aanzien van elke nevenvordering afzonderlijk moet worden beoordeeld. Die gedachte wordt ondersteund doordat de Hoge Raad zijn beslissing plaatst in de sleutel van de proceseconomie door te overwegen dat "noch een bijzonder partijbelang, noch het algemene belang dat terughoudendheid wordt betracht met een beroep op de rechter, ermee is gediend wanneer eiser uitsluitend wat betreft de onderhavige nevenvordering, naar een bodemprocedure wordt verwezen." Dit proceseconomische argument geldt ook, of misschien wel juist, bij vorderingen in intellectuele eigendomszaken.
7. Bij nadere bestudering van het arrest lijkt echter meer voor de hand te liggen dat slechts een nuancering ten opzichte van de genoemde eerdere rechtspraak bedoeld is. Niet ten aanzien van *alle* geldelijke nevenvorderingen, maar alleen ten aanzien van die nevenvorderingen die nauw verwant zijn aan de hoofdvordering is het pad van de verzwaarde motivering in kort geding verlaten. Maar wat moet worden verstaan onder "nauwe verwantschap"? Het arrest biedt daarover geen duidelijkheid. Wellicht heeft de Hoge Raad alleen nevenvorderingen op het oog die afhankelijk zijn van, en ondergeschikt zijn aan, een hoofdvordering. Voor een nevenvordering die ook voorwerp van een zelfstandig kort geding kan zijn, zoals in de zaak Danestyle, blijven dan de eisen gelden als geformuleerd in die zaak. De Hoge Raad verwijst in rechtsoverweging 3.3 van de onderhavige uitspraak waarschijnlijk niet voor niets naar zijn uitspraak in de Danestyle-zaak, waarin hij de hoofdregel (terughoudende toets en verzwaarde motivering met betrekking tot spoedeisend belang) toepast op een dergelijke zelfstandige nevenvordering.
8. Het blijft gissen voor welke andere nevenvorderingen dan die ter zake van buitengerechtelijke kosten/incassokosten het versoepelde regime van het van de hoofdvordering afgeleide spoedeisend belang geldt. Wat te denken van een vordering tot opheffing van een conservatoir beslag met als nevenvordering een voorschot op de beslagschade? Ik zou menen dat ook in die gevallen de proceseconomie gebaat is bij een praktische afdoening van de nevenvordering bij de beslissing over de hoofdvordering.
9. Ten slotte nog een opmerking over zaken waarin inbreuk op intellectuele eigendomsrechten centraal staan. In deze zaken bestaat sinds 2006 de mogelijkheid vergoeding te vorderen van de volledige gerechtskosten, waaronder de volledige advocaatkosten. Die aanspraak op vergoeding van proceskosten op grond van art. 237 Rv moet niet worden beoordeeld als een aparte geldvordering. In ie-zaken worden deze kosten niet langer forfaitair bepaald, maar aan de hand van de daadwerkelijk gemaakte kosten, ook in kort geding.

A.J.J.G. Schijns

401

Hoge Raad
29 juni 2007, nr. C06/002HR, LJN AZ7617
(mr. Fleers, mr. Hammerstein, mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Asser)
(concl. A-G mr. Wuisman)
Noot Jaspers

Non-conformiteit. Klachtplicht particuliere koper. Bekwame tijd art. 7:23 lid 1 BW. Betekenis inschakeling deskundige.

Een particuliere koper die gebreken ontdekt die ertoe kunnen leiden dat het door hem gekochte huis niet aan de overeenkomst voldoet mag, mits hij hierbij handelt met de voortvarendheid die, gezien de omstandigheden van het geval, in redelijkheid van hem mag worden verwacht, een deskundige inschakelen om nader onderzoek te doen en hij mag in beginsel de uitslag van dat onderzoek afwachten voordat hij de verkoper in kennis stelt van eventueel geconstateerde non-conformiteit. Dit laatste dient wel binnen de in art. 7:23 lid 1 genoemde bekwame tijd te gebeuren.

[BW art. 7:23]

Na verkoop van een huis tussen twee particulieren ontdekt de koper enkele gebreken aan het huis. Twaalf weken later oordeelt een door de koper ingeschakeld bouwkundig adviesbureau dat er inderdaad sprake is van een aantal gebreken aan het huis. De koper stelt de verkoper daarvoor onverwijld aansprakelijk. Vervolgens laat de koper nog twee vervolgonderzoeken verrichten. De uitkomsten daarvan worden enige tijd later aan de verkoper bekend gemaakt. De verkoper wijst alle aansprakelijkheid van de hand. In hoger beroep beroept de verkoper zich erop dat de koper naar aanleiding van het eerste onderzoek, maar ook ten aanzien van het tweede en het derde onderzoek, niet binnen de in art. 7:23 lid 1 BW bedoelde "bekwame tijd" heeft geklaagd. Dit beroep acht het hof gegrond. Het hof overweegt ten aanzien van het eerste onderzoek dat de gebreken en de schade, die in het deskundigenrapport van 26 september 2001 worden genoemd, reeds uiterlijk eind juni zijn ontdekt, althans hadden behoren te zijn ontdekt en dat koper derhalve niet binnen bekwame tijd na de ontdekking aan verkoper heeft kennisgegeven van de ontdekte