

## **HC7, 4-10-2017, Opdracht (Verheij)**

### **Inleiding/Algemeen:**

Art. 7:400 lid 1 BW: overeenkomst waar de ene partij (de opdrachtnemer) jegens de andere partij (de opdrachtgever), verbindt anders dan op grond van arbeidsovereenkomst, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Dit laatste als uitzondering om onderscheid te maken in aanneming. Bij een kunstwerk staat een creatieve prestatie voorop, dus dit valt onder opdracht.

Werkzaamheden buiten dienstverband die niet zijn: aanneming van werk, bewaarneming, uitgave van werken, vervoer. Dit laatste heeft een eigen ontwikkeling doorgemaakt en is er dus buiten gelaten. Voorbeelden van opdracht: loodgieter, advocaat, ingenieur, etc. Het heeft dus een ruime werksfeer. Er staat nergens dat de opdrachtnemer loon verschuldigd is. Zo kunnen vriendendiensten ook onder de opdracht vallen. De overeenkomst moet wel voldoende bepaald zijn, art. 6:227 BW, de verplichtingen moeten wel duidelijk zijn. Dit is met name van belang met overeenkomsten in de sociale sfeer.

### **Toepasselijke regels:**

Afspraken, inclusief algemene voorwaarden, dus kijken in het contract. Wettelijke bepalingen in BW, Boek 3 en 6, opdracht algemeen (Afd. 7.7.1, 7:413 dwingend recht), eventueel nadere regels (Afd. 7.7.2 e.v.). Ongeschreven recht (gewoonte, redelijkheid en billijkheid), art. 6:248 lid 1 BW. Bij agentuur ook Europees recht (richtlijnconforme interpretatie). Eventueel ook: bijzondere wetgeving (Wft) en (wettelijke) beroepsregels en tuchtrecht.

### **Casus:**

Het gaat vaak om iemand inhuren omdat je bepaalde kennis niet hebt, de opdrachtnemer ligt voorop en er is zodanig sprake van asymmetrie.

Shell is aangesproken voor gedragingen in Nigeria. Zij wil voor deze publiciteitsgevoelige kwestie absoluut mr. X inhuren gezien zijn expertise. Mr. X werkt bij advocatenkantoor Whitestone in Amsterdam. Shell neemt contact op met mr. X en hij verklaart zich bereid de zaak te doen.<sup>1</sup>

Vraag 1: met wie is de overeenkomst gesloten? Shell wilde echt mr. X, dus het kantoor maakt niet uit. Wat is het relevante toetsingskader? Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding, er zijn geen vormvereisten. Communicatie kan dus voldoende zijn. Dit was dus zo, maar met wie? Dit beredeneer je aan de hand van de Haviltex-formule. Dus ook van belang hoe er is gecommuniceerd. Gebruikelijk is hier, dat je een dergelijke overeenkomst sluit met het kantoor. Praktisch: ook denken om de algemene voorwaarden van het kantoor.

Vraag 2: mag mr. X een eerste concept-conclusie van antwoord laten schrijven door stagiaire? Dit aangezien Shell per se mr. X wilde. Het betreft niet iets definitiefs, het is immers een concept-conclusie. Dit is wel gebruikelijk en ook in het belang van Shell, Marieke is goedkoper. In de wet: 7:404 BW, (...) behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. Bedingen die een meer persoonlijk karakter hebben moeten door de persoon zelf worden uitgevoerd, maar art. 7:404 BW maakt hierop dus een uitzondering. Je kunt dus een hulppersoon vragen, maar voor de opdracht moet je wel de supervisie bewaren. Het kan dus, maar wel onder zijn supervisie.

---

<sup>1</sup> Slide 8 PowerPoint

Vraag 3: mr. X maakt een beroepsfout. Kan Shell hem persoonlijk aanspreken? Het punt is dat is vastgesteld dat de overeenkomst is tussen Shell en Whitestone. De weg van de onrechtmatige daad is onredelijk. Art. 7:404 BW: (...) alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer is Whitestone. Het feit dat mr. X doet niet af aan de aansprakelijkheid van Whitestone.

#### **Exoneraties:**

Vraag 4: kan mr. X zich beroepen op een exoneratieclausule in de overeenkomst tussen Whitestone en Shell? Immers, de overeenkomst is tussen Whitestone en Shell, mr. X is geen partij. Kan hij zich dus beroepen op een beding uit een overeenkomst waar hij geen partij is? De anti-paardensprong (art. 6:257 BW): je spreekt de werknemer aan als opdrachtgever, de grondslag is dan onrechtmatige daad. Ook de ondergeschikte kan zich daarop beroepen als de bovengeschikte dat kan. Er zitten wel wat beperkingen in: een ondergeschikte, dus werknemer en niet een onderaannemer en al ware hij zelf partij, dus als hij dan ook op het beding beroepen. Bij exoneraties is dat bijvoorbeeld het geval bij grove schuld.

HR NJ 1995, 389 (Matatag/Schelde): werkzaamheden aan een schip, gebeurde niet goed, de lading beschadigde. HR NJ 1999, 242 (Mastum/Nationale Nederlanden): pand moest worden opgeknapt, de koude methode moest worden gebruikt, maar de warme methode werd gebruikt en het pand brandde af. Wie heeft er onzorgvuldig gehandeld? En in welke mate is onzorgvuldig gehandeld. Je kan je exoneren voor grove onzorgvuldigheid van een ondergeschikte in professionele relatie (B2B). Als iemand 'hoog in de boom' een verwijt valt te maken, dan kom je in de problemen, dan kun je je niet beroepen op het exoneratiebeding.

Art. 7:404 BW: feitelijk opdrachtnemer persoonlijk aansprakelijk, is het uitgangspunt. Dit kan onredelijk zijn onder bepaalde omstandigheden. Je bent ook geen partij bij een overeenkomst, dus aansprakelijkheid onredelijk zijn, zelfs geen recht op loon art. 7:405 BW. Je kunt je hieruit halen door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast zijn deze bepalingen niet van dwingend recht, dus je kunt je ervoor vrij tekenen. Art. 7:409 BW, overeenkomst van opdracht eindigt bij zijn dood, maar ook dit kun je uitsluiten. Zie ook de algemene voorwaarden bij Houthoff Buruma 2017.

#### **Cliënt wil van de overeenkomst af:**

Dat kan via ontbinding (6:265 BW), vernietiging, onvoorziene omstandigheden (6:258 BW; zuiver toekomstige omstandigheid, in de overeenkomst is daarin niet voorzien), en opzegging. Bij opzegging gaat het in de regel om duurovereenkomsten, dus langere tijd zaken met elkaar doet. Daarbij moet je wel de belangen van de andere partij in ogenschouw nemen, dus redelijke termijn geven om aan te passen en een som betalen. Maar wat is opzegging? Het werkt alleen voor de toekomst, dus geen terugwerkende kracht. Art. 7:408 lid 2 BW geldt voor de (professionele) opdrachtnemer en lid 1 voor de opdrachtgever. Lid 2: er moet sprake zijn van een duurovereenkomst en van een gewichtige reden. Dit heeft geen exclusieve werking. Zo wordt als voorbeeld de volgende casus genoemd: er wordt een les overeenkomst gesloten om een rijbewijs te halen. De verkeersschool zegt de overeenkomst op, want er is sprake van een dwingende reden, de man had onvoldoende talent en de beëindiging zou dan redelijk zijn. De man bleek onvoldoende capaciteiten te hebben, bleek na een aantal rijlessen. Geen enkele vaardigheid was aangeleerd na een geruime tijd. Dit is echter geen duurovereenkomst. De rechter vindt in dit geval dat het moet kunnen. Je hoeft je hierop dus niet blind te staren, ook kijken naar alle omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid.

Lid 1: de opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen. Dit is een voorbeeld van bescherming van de opdrachtgever, zoals genoemd aan het begin van dit college. Stel: advocaat eist

gederfde winst, dit moet niet kunnen voor de niet-professionele opdrachtgever, art. 7:408 lid 3 BW, geen schadevergoeding. Het moet geen inperking zijn van de opzeggingsbevoegdheid. Zie ook art. 7:413 BW, er kan niet van dit artikel worden afgeweken.

### **Opzegging bij lastgeving, agentuur en GBO:**

Wordt heel kort bij stilgestaan.

Bij de GBO in principe geen opzeggingsmogelijkheid voor de hulpverlener, art. 7:460 jo 7:468 BW. Er zijn wel uitzonderingen mogelijk, bijvoorbeeld als de hulpverlener verliefd is geworden op de patiënt, of de patiënt wordt agressief.

Agentuur: art. 7:437 jo 7:445 BW (er geldt een opzegtermijn). Lastgeving: art. 7:422 lid 2 BW (geen afwijking van art. 7:408 lid 1 BW).

### **Geldvorderingen:**

Van belang is onderscheid te maken tussen loon, onkosten, schade en goodwill. Art. 7:406 lid 2 BW: de opdrachtgever moet de opdrachtnemer de schade vergoeden die deze lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Het is een risicoaansprakelijkheid. Een bijzonder gevaar: HR NJ 2002, 54 (*Donkers/Scholten*): Dierenarts S raakte gewond toe het paard onverwacht 'door het lint' ging. Is de eigenaar D aansprakelijk? De regels van de overeenkomst en 6:179 zijn in beginsel naast elkaar van toepassing. Maar had art. 7:406 BW niet moeten worden toegepast? Is er dus samenloop met dat artikel? Hoe zit het met bijzonder gevaar; inzoomen op het beroep wat wordt uitgeoefend, dus is als dierenarts het geschopt worden door een paard bijzonder? Er is dan dus geen sprake van een bijzonder gevaar. Welk artikel zou voor gaan? Het gaat om een risicoaansprakelijkheid, om personen en zaken te beschermen. Art. 6:179 BW geldt hier dus.

Neergestort sproeivliegtuig: de opdrachtnemer Van de Brake besproeit landbouwgrond van Bogaerds met vliegtuig, vliegtuig stort neer ten gevolge van metaalmoeheid. Is B aansprakelijk jegens de erfgenamen VdB? Is er sprake van een bijzonder gevaar, dus risicoaansprakelijkheid op grond van 7:406 BW? Hier niet het geval. Is art. 6:173 BW dan van toepassing? Lid 3: niet voor schepen en luchtvaartuigen. De erfgenamen vissen hier dus achter het net.

HR NJ 2001, 300 (verhuizende zusjes): de casus is bekend. Is er sprake van overeenkomst van opdracht? Is er een bijzonder gevaar of niet? Klem zitten is niet bijzonder, maar het betreft hier louter een sociale afspraak en rechters zijn terughoudend met daar allerlei eisen aan te stellen. Hier was geen enkel professioneel karakter.

### **Loon bij tussentijds einde opdracht (7:411 BW):**

Het artikel is samengevat op slide 21. Het artikel is van regeland recht. Voorbeelden uit de algemene voorwaarden van het NVM.

### **Agentuur: goodwill vergoeding (7:442 BW):**

Het is van dwingend recht, art. 7:445 BW. Klantenvergoeding (=goodwill) indien: agent nieuwe klanten heeft aangebracht of overeenkomst met bestaande klanten 'aanmerkelijk' heeft uitgebreid en principaal 'aanzienlijk' voordeel heeft en dit billijk is. Er geldt wel een vervaltermijn van 1 jaar (lid 3).

HR LJN: BW9865 (T-Mobile/Klomp): K ontvangt als onderdeel van de provisie een bedrag dat hij praktisch aan cadeaus etc moet besteden. Daarnaast een vergoeding van reclamekosten. Vraag 1: Dient bij de berekening van het plafond van art. 7:442 lid 2 te worden uitgegaan van bruto- of nettoprovisie?

Ja, want dit was standaard, dit was altijd. R.o. 5.1.1. Vraag 2: Dient bij 7:442 lid 1 sub b ook te worden uitgegaan van de vergoeding van reclamekosten? Nee, r.o. 5.2, alleen de daadwerkelijk gemaakte onkosten worden vergoed volgens na berekening.

Extra uitgelicht: richtlijnconforme interpretatie, r.o. 4.1 en een stappenplan van de Hoge Raad, r.o.4.2, 2<sup>e</sup> alinea.

## **HC8, 5-10-2017, Vaststellingsovereenkomst en borgtocht (Verheij)**

### **Inleiding:**

Het accent ligt op de vaststellingsovereenkomst. In de praktijk een onderschatte overeenkomst. In de praktijk op 2 manieren met de vaststellingsovereenkomst te maken: opstellen en confrontatie met een vaststellingsovereenkomst en daar een procedure over wil beginnen. Staat het finale kwijtingsbeding in de weg aan een nieuwe vordering? Dat is geen kwestie van ja of nee, maar hangt af van verschillende factoren. Als er 2 grote bedrijven zijn en zij een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten over kwesties in bepaalde landen, dan kun je nog verder ruziën in andere landen.

### **De overeenkomst:**

Het doel van een vaststellingsovereenkomst is om een conflict te beëindigen of te voorkomen. Of dit bij een onzekerheid, art. 7:905 BW. Vaststelling is niet de handeling, maar het beoogde resultaat, art. 7:902 BW. Zo bijvoorbeeld: de grens tussen twee percelen is niet duidelijk, iemand wordt aangenomen om een beslissing te nemen (art. 7:904 BW) en het resultaat wordt ingeschreven, dan wordt de overeenkomst uitgevoerd. De vaststelling is dan het resultaat. Deze 3 begrippen, de overeenkomst, beslissing en vaststelling, goed uit elkaar houden. Sommige artikelen/regels gelden alleen voor een van die begrippen.

Een voorbeeld: een cliënt belt op en wil weten hoe een zaak verloopt wanneer de rechter een tussenvonnis heeft gewezen. Je legt als advocaat uit hoe zo'n procedure verloopt. De cliënt vraagt dan hoe lang dat duurt. Dat kan wel zo'n 2 jaar duren. Daar kan een cliënt van schrikken. Het kan dan zijn dat hij even later terugbelt en zegt dat hij met de wederpartij om tafel is gaan zitten en heeft geschikt. Dat kan dramatisch zijn, hij heeft immers een vaststellingsovereenkomst gesloten zonder daadwerkelijk te weten wat hij vast legt. Bijvoorbeeld of hij een bedrag inclusief of exclusief btw heeft vastgesteld. Een cliënt kan een advocaat dus niet zien als zijn beste vriend en onafhankelijk van jou als advocaat dingen gaat ondernemen.

Art. 7:900 BW: 'onzekerheid', partijen voelen zich kennelijk ergens onzeker over. Dit hoeft niet objectief te worden uitgelegd. Een vaststellingsovereenkomst is link, want deze geldt ook wanneer later anders blijkt. Er wordt een definitieve regeling getroffen. Zo moet je bijvoorbeeld bij letstelschade goed bekijken of je alles hebt meegenomen, verstandig is dan ook om pas te schikken bij een medische eindtoestand. Bij ernstige ongevallen kan dit wel 2 jaar duren.

De genoemde begrippen kunnen ook samenvallen. Je sluit een overeenkomst, waarin je een beslissing neemt over de omvang van een schuld en daarmee is het doel beoogd en valt de vaststelling ook samen. Als je dan art. 7:902 BW neemt, die alleen over de vaststelling gaan, dan heb je het ook over de overeenkomst want het valt samen. De vaststelling zou je ook door een derde kunnen laten nemen.

Voorbeelden: 1. "In geval van wanprestatie zal de Koper een bedrag van EUR 20.000 (zegge: twintigduizend Euro) zijn verschuldigd aan de Verkoper". Begrippen worden dan vaak gedefinieerd, in het vervolg van een overeenkomst worden deze begrippen dan met een hoofdletter begrepen. hier is 1 beding uit een overeenkomst, art. 6:91, 6:92 waarin je de omvang van de schuld vastlegt. Je moet je hierbij wel van bewust zijn dat je hierna geen schadevergoeding meer kan vragen. Ook al is dit maar 1 beding, dit wordt wel gezien als vaststellingsovereenkomst.

2. "Partijen komen overeen geschillen te beslechten door middel van arbitrage bij het Nederlands Arbitrage Instituut te Rotterdam". 3. "Bij onzekerheid over de omvang van de Schuld zal een registeraccount bindend advies geven". Beding 2 is geen vaststellingsovereenkomst, art. 7:900 lid 4 BW: de titel is niet van toepassing op overeenkomsten van arbitrage. Wel bij beding 3, bindend

advies. 4. “Partijen doen hiermee afstand van het recht om in rechte of anderszins, hetgeen tijdens de mediation is gebleken als bewijs jegens elkaar aan te voeren. Partijen worden geacht hiermee een bewijsovereenkomst te hebben gesloten”. Hier wordt iets gezegd over het bewijs, dat kan, de Nederlandse rechter is lijdelijk, hoe bewijs moet worden gewaardeerd kan worden vastgelegd.

4. “X kan niet bewijzen eigenaar te zijn van de sieraden die aanwezig zijn in de gemeenschappelijke woning.” Alle sieraden zijn dan het eigendom van Y, een alternatief zou zijn geweest om te zeggen dat X eigenaar is van... Dan is het een vaststellingsovereenkomst, maar nu een bewijsovereenkomst. Om ontduiken te voorkomen is art. 7:900 lid 3 BW in het leven geroepen: wordt tegenbewijs uitgesloten, dan is er sprake van een bewijsovereenkomst die gelijk wordt gesteld aan de vaststellingsovereenkomst. Zie voorbeeld 5: “De door de Bank opgeslagen versie van de Communicatie zal tussen Cliënt en de Bank gelden als bewijs behoudens door Cliënt te leveren tegenbewijs.” De mogelijkheid van tegenbewijs is opengelaten, art. 6:236 sub k BW, de zwarte lijst bij algemene voorwaarden, want uitsluiten is onredelijk bezwarend. Er zijn dus grenzen aan bewijsovereenkomsten.

Entire agreement clause: wordt ook wel integrationclause genoemd, is afkomstig uit Amerika en Engeland. Die zie je nog weleens terug bij internationale partijen. “This Agreement constitutes the entire agreement between the parties and supersedes any earlier written or oral arrangements and agreements made between the parties.” De bedoeling hiervan is de beperking van bewijsmiddelen, naar Engels/Amerikaans recht. In dit recht gaat de rechter serieuzer om met contracten. Er wordt bepaald wat rechtens is, uitsluitend uit het contract. Wat er niet staat geldt dus niet. Parol evidence rule: als je van mening verschilt, mag je geen getuigenbewijs leveren of een email overhandigen waarin iets wordt gezegd over de onderhandeling van een contract of een bepaalde clause. Dit heeft te maken met efficiëntie, dus geen ‘gedoe’ met Haviltex. Het forceert partijen dus wel om daar erg goed over na te denken. Overall dus een bepaling over opnemen. De contracten zijn dan ook een stukje dikker. Die parol evidence rule geldt alleen maar als vast komt te staan dat de overeenkomst ‘the final and integrated agreement’ is tussen partijen. Dat partijen dus inderdaad de bedoeling hadden om hun rechtsverhouding volledig te regelen. Als daar twijfel over bestaat, dan kan er wel getuige bewijs worden geleverd. Om de discussie tegen te gaan, is bovenstaande clause gevormd. Naar Nederlands recht heeft deze clause geen bijzondere betekenis, en moet ook worden ‘gehaviltex’, HR NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx) rov. 3.5.3.

### **Beslissing:**

Art. 7:904 BW: ‘beslissing van partij of van een derde’, dus niet: beslissing van beide partijen. Je vernietigt hier de beslissing, niet de vaststellingsovereenkomst. Maar als beslissing en overeenkomst samenvallen, dan leidt het wel tot vernietiging van de overeenkomst. Het is niet een soort extra vernietigingsmogelijkheid, daar de ‘beslissing van partij of van een derde’, het is de bedoeling dat het alleen kan worden vernietigd via de wettelijke gronden (3:40, dwaling/bedrog, etc.)

Stel dat je opneemt dat de beslissing wordt genomen door een derde partij. Bijvoorbeeld deskundigen voor de inschatting van de schade. Stel dat deze bindend adviseurs (waar je dus een overeenkomst van opdracht mee hebt gesloten) hun werk niet goed doen en je wilt ze aansprakelijk stellen. Wat is het toetsingskader? Bij de overeenkomst van opdracht moeten zij de zorg van een goed opdrachtnemer dragen. De Hoge Raad toetst de beslissing van de bindend adviseurs marginaal, art. 7:904 BW, HR NJ 2015/155 (aansprakelijkheid bindend adviseurs). Dus net als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het zou gek zijn als je de beslissing onaantastbaar acht, want er is geen beslissing die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar je wilt deze toch aantasten want hij was naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbaar. Dus de

bindend adviseur toch aansprakelijk acht. Dit kan uitsluitend wanneer de beslissing inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht en de norm van art. 7:904 wordt dus ingelezen in art. 7:401 BW. In deze zaak zou de bindend adviseur niet meer onpartijdig zijn en hield zich niet aan het beginsel van hoor en wederhoor. Hij beriep zich op een exoneratiebeding. Bij de vraag of dit kan moet er altijd worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval.

### **Vaststelling:**

Art. 7:902 BW: een vaststelling kan in strijd zijn met dwingend recht. Dit is geldig bij beëindiging van onzekerheid of geschil (dus niet op de voorkoming), maar is geen vrijbrief om af te wijken van dwingend recht. Let op de bewoording; ‘in strijd mocht blijken’. Vaststellingsovereenkomst kan zelf strijd met de openbare orde of goede zeden opleveren. Het maatschappelijk belang weegt hier dan zwaarder.

HR NJ 2017/37 (*Blue Taxi*): De cao wordt niet nageleefd, waardoor de chauffeurs te weinig betaald kregen. In een vaststellingsovereenkomst wordt vastgelegd dat de chauffeurs afstand doen van eventuele vorderingen. Vaststellingsovereenkomst en de vaststelling vallen hier dus samen. De Hoge Raad ziet art.7:902 BW wat ruimer dan het Hof; niet kijken of er daadwerkelijk een geschil was, het ziet ook op beëindiging van onzekerheid in meer algemene zin.

Hoe kom je van de vaststelling af? Je kunt de hele vaststellingsovereenkomst omverblazen, maar je hebt ook genuanceerde benaderingen en je wijzigt dan de vaststellingsovereenkomst.

1. Wil strookte niet met verklaring (3:33 BW)
2. Vernietigen (3:44, 6:228 BW)
3. In geval van dwaling: verzoek aan rechter om gevolgen overeenkomst te wijzigen (6:230 lid 2 BW)
4. Ontbinding (6:265; let op 7:905 BW)
5. Onvoorziene omstandigheden (6:258 BW); dit lukt niet vaak, juist niet bij vaststellingsovereenkomsten
6. Uitleg

Een voorbeeld: Is er sprake van dwaling bij beëindiging van de huurovereenkomst? Partijen sluiten op 23 februari 2017 een vaststellingsovereenkomst. De huurder betaalt huurder 20.000 euro, als schikking. Later blijkt dat de huurder op 30 november 2016 al een andere woning had gekocht en dat deze op 28 februari 2017 zou worden geleverd. De ‘oprotpremie’ was dus eigenlijk niet nodig, de verhuurder voelde zich dus bedrogen. Is hier sprake van dwaling? Rechter vond van wel, want als de verhuurder dit had geweten was hij niet op dezelfde voorwaarden de overeenkomst aan te gaan.<sup>2</sup> Een vaststellingsovereenkomst kan dus onderuit gehaald worden. Het ligt eraan wat er allemaal gebeurd is.

Voorbeeld 2: A, 23 jaar, ondergaat een longoperatie bij EMS. Door een medische fout wordt hij volledig blind. A is psychiatrisch patiënt, hij wisselt regelmatig van advocaat. Uiteindelijk sluiten partijen een vaststellingsovereenkomst, waarbij A niet werd bijgestaan door een advocaat. De overeenkomst werd gesloten door een kandidaat-notaris. A ontvangt lump sum (= bedrag ineens) waardoor hij bijstandsuitkering kwijtraakt. Dit wordt niet goed gekeurd, een kandidaat-notaris weet immers niets van dergelijke bedragen.<sup>3</sup> Het ziekenhuis had ervoor moeten zorgen dat A een advocaat had, desnoods het voor A moeten betalen. Als er een advocaat bij zou zijn geweest, had A nooit deze

---

<sup>2</sup> ECLI:NL:RBAMS:2017:6025

<sup>3</sup> ECLI:NL:GHDHA:2017:1409

overeenkomst gesloten. Er was inderdaad sprake van misbruik van omstandigheden, de overeenkomst wordt vernietigd.

### **Uitleg:**

“Partijen zullen over en weer finaal gekweten zijn en niet meer van elkaar te vorderen hebben betreffende schade als gevolg van geïnduceerde aardbevingen of daaraan gerelateerde vorderingen”. Dit is een vrij standaard beding, veel gebruikt door de NAM. Stel dat partijen het niet hebben gehad over bepaalde vorderingen, maar een algemeen finaal kwijtingsbeding staat in de overeenkomst. In theorie: het finaal kwijtingsbeding is niet het expliciet benoemen van het doen van afstand van rechten, dus geen afstand gedaan van een recht. Maar ook: als je een heel ruim kwijtingsbeding opneemt, doe je daarvan dus afstand. Hiervoor kijken naar de omstandigheden van het geval.

Voor de uitleg van een vaststellingsovereenkomst gelden geen bijzondere regels, wordt dus gehavilt. Woorden zijn niet beslissend, het gaat om redelijke verwachtingen van de partijen t.a.v. finaal kwijtingsbeding. Wat als partijen niet hebben gesproken over een bepaalde vordering? Of: finaal kwijtingsbeding blokkeert geen vorderingen waarvan een partij niet kenbaar afstand heeft gedaan. Of: het is een indicatie dat ook afstand van de niet-besproken vordering is gedaan. Wat zijn nu relevante omstandigheden? Aanwezigheid juridische bijstand, is er gesproken over het finaal kwijtingsbeding, wie heeft het voorgesteld, was partij op de hoogte van een bepaalde vordering, ter zake van welk geschil werd de vaststellingsovereenkomst gesloten, is de vordering kort daarvoor nog gestuit?

Kan een finaal kwijtingsbeding alleen zien op de onzekerheid of een geschil dat de vaststellingsovereenkomst beoogde te beëindigen? Nee, contractsvrijheid, maar partijen kunnen ook iets vast leggen over iets waarover ze geen conflict hebben. Zo ook als partijen uit elkaar gaan, dan kan een vaststellingsovereenkomst ook helpen. Kan een finaal kwijtingsbeding alleen zien op vorderingen die een partij op het moment van sluiting van de vaststellingsovereenkomst kende? Nee, want hetzelfde als de vorige vraag. Vormt een ruim geformuleerd finaal een indicatie dat afstand is gedaan van een vordering waarover niet is gesproken? Dat kan, ligt dus aan de omstandigheden van het geval.

Weer terug naar het beding van de NAM. Er wordt een procedure opgestart, stond het finaal kwijtingsbeding in de weg aan de vergoeding van immateriële schade? Algemeen gezien niet, maar wees je bewust van de beperking van de uitspraak. De rechtbank interpreteert het beding los van de overeenkomst, de NAM overlevert niet meer. Partijen hebben niet uitvoerig over het beding gediscussieerd en de vraag was niet of ook vergoeding van gederfd woongenot door het beding wordt geblokkeerd. De rechtbank oordeelt dat het finaal kwijtingsbeding vordering tot smartengeld niet blokkeert, omdat er niet is gesproken over immateriële schade, de aanleiding van de vaststellingsovereenkomst was vergoeding wegens beschadigingen en er een ongelijke krachtsverhouding tussen partijen is.<sup>4</sup> Partijen hoefden dat dus niet te verwachten en gaat het beding van tafel. Openstaande vragen: is relevant dat veel rechtspraak over de uitleg van finaal kwijtingsbeding ziet op beëindiging van arbeidsrelatie? Staat finaal kwijtingsbeding ook niet aan vergoeding wegens gederfd woongenot in de weg? Mocht je verder geïnteresseerd zijn, zie de artikelen van Verheij.<sup>5</sup>

### **Borgtocht:**

---

<sup>4</sup> ECLI:RBNNE:2017:15

<sup>5</sup> Verheij, Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2017/2, p. 65-73 en Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel minsten, Aansprakelijkheid Verzekering en Schade 2017/3, p. 15-33.



Er zijn 3 personen: hoofdschuldenaar, schuldeiser en de borg. De overeenkomst wordt gesloten tussen de schuldeiser en de borg. Er is geen contractuele relatie tussen de hoofdschuldenaar en de borg. Dat zou betekenen dat de redelijkheid en billijkheid niet geldt tussen de hoofdschuldenaar en de borg, maar daarom is in art. 7:865 BW bepaald dat art. 6:2 BW van toepassing is tussen die twee. Het is afhankelijk van de hoofdverbintenis, als deze wordt vernietigd, komt deze ook ten einde, art. 7:851 lid 1 BW. De borg kan pas worden aangesproken als de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet na komt en heeft dezelfde verweermiddelen jegens de schuldeiser (7:852 lid 1 BW). Wetenschap van borgtocht is niet vereist, art. 7:850 lid 2 BW, maar dit zal wel veelal het geval zijn omdat het vaak een familielid betreft. Art. 7:855 lid 2: de schuldeiser die de hoofdschuldenaar in gebreke stelt is verplicht de borg hiervan gelijktijdig mededeling te doen. Doet hij dat niet, dan levert dat wanprestatie op jegens de borg. De particuliere borg wordt beschermd: er is een maximumbedrag vastgesteld, art. 7:858 lid 1 BW, en de borgtocht kan jegens de borg slechts door en door hem ondertekend geschrift worden bewezen, art. 7:859 lid 1 BW. Het is geen officieel vormvereiste, maar het lijkt er wel sterk op. Omdat de borgtocht risico's met zich mee brengt, moet de partner toestemming geven, art. 1:88 lid 1 sub c BW.