

# ECLI:NL:GHARL:2013:CA1240

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	28-05-2013
Datum publicatie	03-06-2013
Zaaknummer	200.108.255
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Verzet, aanvang verzettermijn, daad van bekendheid
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.108.255

(zaaknummer rechtbank 295035)

arrest van de eerste kamer van 28 mei 2013

in de zaak van

1. [appellant sub 1],  
wonende te [woonplaats],  
en
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
[appellant sub 2],  
gevestigd te [plaats],  
appellanten,  
advocaat: mr. A.P. Maes,

tegen:

1. [geïntimeerde sub 1],  
en  
2. [geïntimeerde sub 2],  
beiden tot 31 december 2010 maat van de openbare maatschap  
[maatschap]  
en wonende te Utrecht,  
geïntimeerden,  
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe.

Appellanten zullen hierna ook [appellanten]. worden genoemd. Geïntimeerden zullen ook met [geïntimeerde sub 1] respectievelijk [geïntimeerde sub 2] worden aangeduid. De (ontbonden) maatschap [maatschap] zal [maatschap] worden genoemd.

### 1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 2 februari 2011 en 7 september 2011 die de rechtbank Utrecht tussen [appellanten]. als eisers en Bos & van Gorcom als gedaagde heeft gewezen.

### 2. Het geding in hoger beroep

#### 2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de appeldagvaardingen van 10 november 2011 (met een grief) met producties,
- het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 10 januari 2012;
- het exploit van oproeping van 6 juni 2012;
- de conclusie van eis in hoger beroep;
- de memorie van antwoord.

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest. Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (Staatsblad 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaak uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

### 3. De vaststaande feiten

Het hof gaat uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.7 van het vonnis van 7 september 2011.

### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

#### 4.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

[appellanten]. heeft in september 2005 een bedrijfspand in [plaats] gekocht van [X] en [Y] (verder gezamenlijk te noemen: [X]). [makelaar] trad als makelaar van [X] op. In de op 26 september 2005 door [appellanten]. en [X] ondertekende koopovereenkomst, een standaard NVM-koopakte bedrijfsonroerend goed, is onder meer bepaald (art. 5.4.3) dat de verkoper niet bekend is of in de onroerende zaak asbest is verwerkt.

[appellanten]. en [X] zijn overeengekomen dat de levering van het pand op 1 december 2005 zou plaats vinden ten overstaan van de in de akte genoemde notaris. Op die datum heeft [makelaar] namens [X] ten kantore van de notaris verklaard dat in de koopakte en de leveringsakte een fout was geslopen, omdat [X] er toch mee bekend was dat in het pand (in het dakbeschot) asbest aanwezig was.

[appellanten]. heeft daarop geweigerd mee te werken aan de levering en heeft zich vervolgens tot [geïntimeerde sub 1] gewend voor juridische bijstand. Mr. Van Gorcom heeft bij brief van 7 december 2005 - gericht aan [makelaar] met afschrift per faxbericht en e-mail aan de notaris - [X] in gebreke gesteld en onder verwijzing naar het boetebeding van art. 10 lid 3 van de koopakte [X] gesommeerd overeenkomstig de koopovereenkomst te leveren binnen acht dagen na dagtekening.

Na overleg tussen [geïntimeerde sub 1] en [makelaar] heeft [X] een depot van 6.000,- gestort voor de kosten van verwijdering van het asbest. Het pand is daarna alsnog op 23 januari 2006 geleverd.

Mr. Van Gorcom heeft vervolgens in een procedure voor de rechtbank Zwolle-Lelystad en in hoger beroep voor dit hof (nevenzittingsplaats Leeuwarden) namens [appellanten]. veroordeling van [X] gevorderd tot betaling van een contractuele boete groot 43.512,- wegens het niet nakomen van de leveringsverplichting gedurende de periode van 16 december 2005 tot 23 januari 2006. Makelaardij [makelaardij] heeft zich in de procedure voor de rechtbank gevoegd aan de zijde van [X].

De rechtbank heeft bij vonnis van 14 maart 2007, voor zover hier van belang, [X] veroordeeld om aan [appellanten]. een boete van 1.000,- te betalen en [appellanten]. veroordeeld in de proceskosten, aan de zijde van [X] bepaald op 2.743,-. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat de termijn van acht dagen genoemd in art. 10.1 van de koopakte is gaan lopen op (het hof leest verbeterd:) 28 december 2005, acht dagen na ontvangst van de sommatie van 19 december 2005 aan [makelaar] en dat [X] de boete op 23 januari 2006 dus is opgelopen tot 43.512,-. De rechtbank heeft de boete echter gematigd tot 1.000,- op grond van de overweging dat de bedongen boete buitensporig is in verhouding tot de werkelijk geleden schade, indien daarvan al sprake is.

Het hof heeft in het door [appellanten]. ingestelde hoger beroep bij arrest van 31 maart 2009, voor zover hier van belang, het vonnis van 14 maart 2007 vernietigd en [X] veroordeeld om aan [appellanten]. een boete van 3.528,- te betalen en [appellanten]. veroordeeld in de kosten van de beide instanties, aan de zijde van [X] voor de eerste aanleg begroot op 955,- aan verschotten en 768,- aan salaris van de advocaat en in hoger beroep op 1.136,- aan verschotten en 1.896,- aan salaris van de advocaat. Het hof heeft daarbij overwogen, zakelijk weergegeven, dat de sommatie van 7 december 2005 aan [makelaar] geacht moet worden [X] niet te hebben bereikt, dat eerst de sommatie van 11 januari 2006 aan [X] jegens [X] effect heeft gesorteerd en dat de op grond van deze sommatie verschuldigde boete 3.528,-, zoals tussen partijen vast staat, bedraagt. Het hof heeft geen redenen aanwezig geacht deze boete te matigen. Dat arrest is onherroepelijk geworden.

4.2 [appellanten]. vordert in deze zaak (in hoger beroep) veroordeling van geïntimeerden tot betaling van 50.670,- als schadevergoeding en 2.784,- wegens buitengerechtelijke incassokosten. Het bedrag van 50.670,- bestaat uit 41.160,- misgelopen boete (te weten 44.688,-, de door [X] verschuldigde boete berekend over de periode van 16 december 2005 tot en met 22 januari 2006, minus het door het hof in de zaak tegen [X] toegewezen bedrag van 3.528,-) en 9.510,- wegens de veroordeling van [appellanten]. in de kosten in de procedure tegen [X] voor de rechtbank Zwolle-Lelystad en dit gerechtshof. [appellanten]. grondt de vordering op een toerekenbare tekortkoming van [maatschap] als zijn advocaat/vastgoedspecialist, hierin bestaande dat Bos & van Gorcom heeft nagelaten een cruciaal gegeven in de procedure tegen [X] naar voren te brengen, te weten dat de ingebrekestelling van 7 december 2005 is doorgeleid aan de in de koopakte genoemde notaris, ten kantore van wie [X] in de koopakte domicilie heeft gekozen. De rechtbank heeft bij vonnis van 5 oktober 2011 de vorderingen, ingesteld tegen [maatschap], afgewezen en [appellanten]. veroordeeld in de proceskosten.

## De ontvankelijkheid van appellanten in het hoger beroep

4.3 Geïntimeerden hebben als verweer van de verste strekking aangevoerd dat appellanten niet-ontvankelijk zijn in hun hoger beroep, omdat een rechtsmiddel alleen kan worden ingesteld tegen degene die in eerste aanleg als partij is opgetreden. Die procespartij was de maatschap [maatschap] en niet (ook) de individuele maten. Dat de maatschap inmiddels is ontbonden, maakt dat niet anders, omdat die ontbinding er niet toe leidt dat de maatschap niet langer schuldenaar is van een lopende verplichting of aanspraak. De maatschap kan als procespartij niet in hoger beroep worden vervangen door individuele maten. Geïntimeerden voeren verder aan dat van een aanspraak op de maatschap geen sprake kan zijn, omdat de opdracht waarom het in deze zaak gaat is verstrekt aan [geïntimeerde sub 1]; de maatschap [maatschap] is eerst op 1 februari 2006 tot stand gekomen, aldus geïntimeerden.

4.4 Het hof overweegt als volgt. [appellanten]. heeft in eerste aanleg de openbare maatschap [maatschap] op de voet van art. 51 lid 2 Rv. voor de rechtbank gedagvaard en haar veroordeling tot betaling van onder meer schadevergoeding gevorderd. De maatschap, die toen en ook daarna kennelijk alleen door [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 1] werd gevormd, heeft verweer gevoerd. De rechtbank heeft de vorderingen bij het bestreden vonnis van 7 september 2011 afgewezen. Art. 332 Rv. brengt mee dat in beginsel slechts een partij in eerste aanleg in hoger beroep als partij kan worden gedagvaard. In dit geval had [appellanten]. dus de (kennelijk al tijdens de eerste aanleg ontbonden) maatschap in hoger beroep moeten dagvaarden. Het hof merkt echter het volgende op. De appeldagvaardingen zijn uitgebracht aan [geïntimeerde sub 1] respectievelijk [geïntimeerde sub 2] met de vermelding dat zij tot 31 december 2010 maat van de openbare maatschap [maatschap] zijn geweest. De exploitanten zijn voorts op de voet van art. 63 Rv. betekend aan het kantoor van de advocaat die in eerste aanleg voor de maatschap is opgetreden. Geïntimeerden hebben na deze kantoorbetekening zonder meer advocaat laten stellen. In het licht van een en ander hebben geïntimeerden, maten van de ontbonden maatschap [maatschap], onder de gegeven omstandigheden deze exploitanten redelijkerwijs aldus moeten begrijpen dat beoogd werd de ontbonden maatschap in hoger beroep te dagvaarden. Het hof acht [appellanten]. dan ook ontvankelijk in zijn hoger beroep.

4.5 Het verweer dat de opdracht waarom het hier gaat niet aan de maatschap, maar aan [geïntimeerde sub 1] is gegeven, kan geïntimeerden in zoverre ook niet baten, omdat dit niet leidt tot niet-ontvankelijkheid van [appellanten]. in zijn hoger beroep.

## De beoordeling van het hoger beroep

4.6 [appellanten]. voert één grief tegen het bestreden vonnis aan. De grief luidt als volgt. De rechtbank heeft ten onrechte in rechtsoverweging 4.6 overwogen dat in de koopakte geen aanknopingspunt is te vinden om het notariskantoor als een onmiddellijk vertegenwoordiger van [X] te beschouwen en dat een dergelijke bevoegdheid evenmin uit de domiciliekeuze voortvloeit; de rechtbank heeft ten onrechte beslist dat het uitgangspunt van [appellanten]. dat [X] de brief (te weten: van 7 december 2005 aan makelaar [makelaar]) geacht moet worden te hebben ontvangen vanwege de verzending aan het notariskantoor geen steun vindt in het recht.

4.7 Het hof beoordeelt de grief als volgt. Artikel 1:15 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een persoon een andere woonplaats dan zijn werkelijke slechts kan kiezen, wanneer de wet hem daartoe verplicht, of wanneer de keuze bij schriftelijk of langs elektronische weg aangegane overeenkomst voor een of meer bepaalde rechtshandelingen of rechtsbetrekkingen geschiedt en voor de gekozen woonplaats een redelijk belang aanwezig is. Aan deze wettelijke vereisten voor de gekozen woonplaats is met artikel 11 van de koopakte (domicilie) voldaan. Aan het vereiste van bepaaldheid van de rechtshandeling of rechtsbetrekking is eveneens voldaan, in die zin dat een ingebrekestelling een rechtshandeling is die verband houdt met de afwikkeling van de koopovereenkomst, in ieder geval een rechtshandeling waarvan kennisneming ook voor de notaris ten overstaan van wie de levering zou plaats vinden nuttig is. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de enkele doorgeleiding aan het gekozen domicilie (het notariskantoor ten overstaan van wie het transport zou plaats vinden) van een kopie van de brief van 7 december 2006 aan

[makelaar] als ingebrekestelling van [X] kan gelden. Mr. Van Gorcom heeft er nu juist voor gekozen om de ingebrekestelling van [X] aan diens makelaar, [makelaar], te richten. De kopie van de brief van 7 december 2006 aan [makelaar] is kennelijk zonder begeleidend schrijven en zonder enige toelichting aan de notaris verzonden, naar met geïntimeerden moet worden aangenomen: enkel ter kennisneming. In ieder geval heeft [appellanten], geen feiten gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de notaris de enkele toezending van de kopie onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs moest begrijpen als een afzonderlijke ingebrekestelling van [X] aan het gekozen domicilie. De grief faalt dan ook.

4.8 Beide partijen hebben bewijs van hun stellingen aangeboden. Het hof gaat daar niet op in, omdat zij geen feiten hebben gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden. Het aanbod van [appellanten], is bovendien onvoldoende gespecificeerd.

## 5. Slotsom

De grief faalt, zodat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd met veroordeling van [appellanten], als in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het hoger beroep. Het hof begroot deze kosten aan de zijde van geïntimeerden tot deze uitspraak op 649,- wegens griffierecht en 1.631,- voor salaris advocaat (één punt tarief IV).

## 6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank te Utrecht van 7 september 2011;

veroordeelt [appellanten], in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van geïntimeerden bepaald op 649,- voor verschotten en op 1.631,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest ten aanzien van de veroordeling in de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.H. van Ginkel, L.M. Croes en H.L. Wattel en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 28 mei 2013.