

# ECLI:NL:HR:2018:2216

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	30-11-2018
Datum publicatie	30-11-2018
Zaaknummer	17/04931
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:1054, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2017:3255
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Appelprocesrecht. Hoor en wederhoor (art. 19 Rv). Recht van appellant om te reageren op vermeerderde eis en nieuwe stellingen van geïntimeerde. Reservering van proceskosten op grond van referte bij schriftelijke toelichting.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2018/2256 NJ 2018/469 RvdW 2018/1298 RBP 2019/24 JBPr 2019/15 met annotatie van Verstoep, J.

## Uitspraak

30 november 2018

Eerste Kamer

17/04931

TT/IF

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiser] ,  
wonende te [woonplaats] ,

EISER tot cassatie,

advocaat: mr. M.B.A. Alkema,

t e g e n

ING BANK N.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaten: mr. R.L. Bakels en mr. M.S. van der Keur.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en ING.

## **1 Het geding in feitelijke instanties**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak 3900944 CV 15-1191 van de kantonrechter te Breda van 15 april 2015 en 24 juni 2015;

b. het arrest in de zaak 200.177.810/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 juli 2017.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## **2 Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

ING heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor ING toegelicht door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [eiser] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## **3 Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

( i ) [eiser] is van 1 oktober 2006 tot 30 december 2011 vennoot geweest van de vennootschap onder firma [A] V.O.F. (hierna: [A] ).

(ii) In de periode van 1 januari 2009 tot 30 december 2011 was [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1] ) medevennoot van [A] .

(iii) Op 4 maart 2010 heeft ING een offerte voorgelegd aan [A] . In deze offerte wordt ING aangeduid als kredietgever en " [A] " als kredietnemer. ING heeft in deze offerte een voorstel gedaan voor een kredietfaciliteit van € 89.000,--, bestaande uit een MKB Werkkapitaalkrediet van € 57.500,-- en een MKB Investeringslening van € 31.500,--. [eiser] en [betrokkene 1] hebben de offerte op 8 maart 2010 ondertekend, zowel voor zichzelf als in hun (toenmalige) hoedanigheid van vennoten van [A] .

(iv) [A] is ontbonden per 30 december 2011.

( v ) Het bedrijf is voortgezet als eenmanszaak van [betrokkene 1] onder de naam " [A] ".

(vi) De eenmanszaak is met ingang van 26 juni 2012 in staat van faillissement verklaard.

(vii) Bij brief van 6 juli 2012 heeft ING de kredietfaciliteiten opgezegd. In deze brief is [eiser] gesommeerd de vordering – op dat moment in hoofdsom € 77.246,02 – voor 17 augustus 2012 te voldoen. [eiser] heeft geen betaling verricht.

(viii) De vordering is aangemeld bij de curator in het faillissement van [betrokkene 1] en is geplaatst op de lijst van voorlopig erkende schulden. Uit de boedel is geen betaling gedaan aan ING.

3.2.1 In deze zaak heeft ING een procedure aanhangig gemaakt bij de kantonrechter en van [eiser] betaling gevorderd van een bedrag van € 25.000,-- in hoofdsom.

In haar inleidende dagvaarding heeft ING gesteld dat zij van [eiser] te vorderen heeft: in hoofdsom een bedrag van € 87.863,91 en aan rente tot 6 januari 2015 een bedrag van € 3.605,38, dus in totaal een bedrag van € 91.469,29, te vermeerderen met rente en kosten.

Tevens heeft ING te kennen gegeven dat zij haar vordering in dat stadium beperkte tot een bedrag van € 25.000,--, maar zich het recht voorbehield het meerdere in de toekomst nog op [eiser] te verhalen.

3.2.2 De kantonrechter heeft de vordering van ING toegewezen.

3.2.3 [eiser] is in hoger beroep gegaan en heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vordering van ING.

ING heeft bij memorie van antwoord tevens akte houdende wijziging van eis geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis van de kantonrechter, met dien verstande dat zij haar eis heeft vermeerderd in die zin dat zij vordert dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 77.246,02 in hoofdsom, en een bedrag van € 5.705,36 aan wettelijke rente tot aan de dag van de inleidende dagvaarding, te vermeerderen met rente en kosten.

[eiser] heeft bij akte bezwaar gemaakt tegen de eisvermeerdering. ING heeft daarop gereageerd bij antwoordakte.

3.2.4 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en, op de vermeerderde eis, [eiser] veroordeeld tot betaling van een aanvullend bedrag van € 57.951,38, vermeerderd met de wettelijke rente over een bedrag van € 52.246,02 vanaf 17 februari 2015 tot aan de dag van de algehele voldoening. De in cassatie relevante overwegingen van het hof kunnen als volgt worden weergegeven.

Ten aanzien van de eisvermeerdering van ING en het bezwaar daartegen van [eiser] heeft het hof overwogen:

“3.8 (...) Bij inleidende dagvaarding heeft ING haar vordering (€ 91.469,29) beperkt tot € 25.000,- maar zij heeft daarin uitdrukkelijk haar recht voorbehouden om het meerdere op [eiser] te verhalen. Daarmee is de vordering onder de competentiegrens gebracht van de kantonrechter, die de zaak ook heeft behandeld. Een feitelijke instantie is [eiser] niet ontnomen. Dit is ook geen misbruik van procesrecht (HR 28 januari 1972, NJ 1972, 146).

Artikel 130 Rv bepaalt dat verandering en vermeerdering van eis mogelijk zijn “zolang de rechter geen eindvonnis heeft gewezen”.

Deze bepaling geldt niet alleen voor procedures in eerste aanleg, maar ook voor procedures in hoger beroep. Tegen deze achtergrond wordt de stelling van [eiser] dat hij niet bedacht hoefde te zijn op een vermeerdering van eis in hoger beroep gepasseerd.

ING heeft bij memorie van antwoord en daarmee tijdig haar eis vermeerderd, onder handhaving van het feitensubstraat. Een en ander is toelaatbaar. Aangezien de vordering is gebaseerd op hetzelfde feitencomplex valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom deze eisvermeerdering in hoger beroep, leidt tot een onredelijke bemoeilijking van de verdediging.

Het is wel mogelijk dat een vermeerdering van eis een vertraging van de procedure teweeg zal brengen, maar het hof acht die niet van dien aard dat deze in strijd moet worden geacht met de eisen van een goede procesorde. Recht zal worden gedaan op de gewijzigde eis.”

[eiser] heeft zich tegenover ING hoofdelijk verbonden voor de (terugbetalings-)verplichting die voor [A] voortvloeit uit de overeenkomst waarbij de hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde kredietfaciliteit ter beschikking is gesteld. (rov. 3.9-3.9.3)

[eiser] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat ING bij het aangaan van de overeenkomst de op haar rustende zorgplicht zou hebben geschonden. Datzelfde geldt voor het verwijt dat ING jegens [eiser] onrechtmatig zou hebben gehandeld. (rov. 3.10-3.10.2)

Het beroep van [eiser] op vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW in verbinding met art. 1:89 BW, is door de kantonrechter terecht gepasseerd. (rov. 3.11-3.11.2)

Naar aanleiding van de stelling van [eiser] dat hij door ING is ontslagen uit zijn hoofdelijke aansprakelijkheid, heeft ING terecht aangevoerd dat partijen zijn overeengekomen dat een dergelijk ontslag schriftelijk moet geschieden. Niet is komen vast te staan dat ING [eiser] schriftelijk uit zijn hoofdelijke aansprakelijkheid heeft ontslagen. (rov. 3.12-3.12.2)

3.3 Onderdeel 1.1 van het middel klaagt dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor heeft veronachtzaamd door (i) op de vermeerderde eis van ING recht te doen terwijl [eiser] zich daarover niet heeft kunnen uitlaten, en (ii) in rov. 3.12.1-3.12.2 uit te gaan van de juistheid van stellingen van ING – kort gezegd: dat partijen zijn overeengekomen dat ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van [eiser] schriftelijk moet geschieden, en dat van een schriftelijk ontslag geen sprake is – terwijl ING deze stellingen voor het eerst in hoger beroep heeft ingenomen en [eiser] zich daarover niet heeft kunnen uitlaten.

Ter onderbouwing van deze klachten heeft [eiser] bij zijn procesinleiding in cassatie kopieën gevoegd van (a) het roljournaal van de zaak bij het hof, (b) de door de advocaat van [eiser] bij het hof ingediende H-formulieren, en (c) de correspondentie van de advocaat van [eiser] met de griffier en de rolraadsheer van het hof. Uit de brief van de advocaat van [eiser] aan het hof van 8 april 2016 blijkt dat [eiser] niet alleen bezwaar heeft gemaakt tegen de eisvermeerdering, maar ook heeft verzocht om nog te mogen reageren op stellingen en nieuwe producties van ING, aldus de inleiding op het onderdeel.

3.4.1 Beide klachten treffen doel.

3.4.2 Het in art. 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat het hof, nu het de eisvermeerdering van ING toestond, [eiser] in de gelegenheid had moeten stellen om zich uit te laten over de vermeerderde eis van ING. Daarbij is niet van belang of de eisvermeerdering van ING moet worden aangemerkt als een incidenteel appel op de grond dat ING wijziging beoogde te bewerkstelligen van het dictum van het vonnis van de kantonrechter. Anders dan het geval is in het kader van de beoordeling van de toelaatbaarheid van de eisvermeerdering van ING, is in verband met de toepassing van art. 19 Rv evenmin van belang dat die eisvermeerdering plaatsvond “onder handhaving van het feitensubstraat” en dat “de vordering is gebaseerd op hetzelfde feitencomplex”, zoals het hof in rov. 3.8 heeft overwogen. De omstandigheid dat ING haar vordering in eerste aanleg had beperkt tot een bedrag in hoofdsom van € 25.000,-- en haar eisvermeerdering uitsluitend een verhoging van dat bedrag inhield, laat onverlet dat [eiser] een gerechtvaardigd belang erbij kon hebben om zijn verweer naar aanleiding van die verhoging uit te werken of uit te breiden.

3.4.3 Art. 19 Rv brengt tevens mee dat het hof voor zijn oordeel (in rov. 3.12.1-3.12.2) over het geschilpunt of [eiser] door ING uit zijn hoofdelijke aansprakelijkheid was ontslagen, niet had mogen uitgaan van de juistheid van stellingen die ING voor het eerst in hoger beroep (bij memorie van antwoord tevens akte houdende wijziging van eis) heeft ingenomen zonder [eiser] de gelegenheid te geven om op die stellingen te reageren.

3.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

3.6 ING heeft de door onderdeel 1.1 bestreden beslissingen van het hof niet uitgelokt of verdedigd. Weliswaar heeft ING in haar verweerschrift in cassatie – zonder toelichting – verzocht het cassatieberoep van [eiser] te verwerpen, maar in haar schriftelijke toelichting heeft zij zich ten aanzien van onderdeel 1 alsnog gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad. [eiser] heeft geen processueel nadeel ondervonden van deze handelwijze van ING, hetgeen mede blijkt uit de omstandigheid dat hij ondanks de stellingname van ING in haar verweerschrift in cassatie heeft afgezien van schriftelijke toelichting. Een en ander vormt aanleiding om de kosten van het geding in cassatie te reserveren.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 juli 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van [eiser] op € 2.682,18 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, en aan de zijde van ING op € 961,49 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 30 november 2018.