

Is een niet-incasseerbare vordering non-conform in de zin van art. 7:17 BW?

Mr. D.E. Burgers, datum 30-08-2021

Datum

30-08-2021

Auteur

Mr. D.E. Burgers^[1]

JCDI

JCDI:ADS284927:1

Vakgebied(en)

Goederenrecht / Algemeen

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Een afgeleverde zaak moet op grond van art. 7:17 lid 1 BW aan de overeenkomst beantwoorden. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst als zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Bij de beoordeling of sprake is van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden' in de zin van art. 7:17 BW, is van belang wat partijen zijn overeengekomen. Toepassing van art. 7:17 BW zonder acht te slaan op hetgeen tussen partijen is overeengekomen, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting (ECLI:NL:HR:2021:1101).

1. Inleiding

Het in deze bijdrage te bespreken arrest is relevant op het gebied van non-conformiteit in het kooprecht. Het geschil draait om twee bedrijven – Vodafone en Hoist – die in 2012 een cessieovereenkomst met elkaar zijn aangegaan waarbij Vodafone vorderingen op haar klanten heeft overgedragen aan Hoist. Een deel van deze vorderingen vloeit voort uit met consumenten gesloten overeenkomsten met betrekking tot telefoonabonnementen inclusief 'gratis' mobiele telefoon. Een deel van de consumenten heeft niet of niet volledig aan de betalingsverplichtingen jegens Vodafone voldaan. Ondanks dat het arrest om twee bedrijven gaat, is feitelijk sprake van een cessie van consumentenvorderingen. Daarom wordt een aantal uitstapjes naar consumentenkoop gemaakt. In 2014 en 2016 heeft de Hoge Raad over dergelijke overeenkomsten beslist dat deze niet voldoen aan de regels over consumentenkrediet en koop op afbetaling; dat de rechter de overeenkomst daarom kan vernietigen of kan oordelen dat de overeenkomst geen rechtsgevolg heeft en dat de rechter dit alles zo nodig ambtshalve kan vaststellen.^[2] Met deze beslissingen neemt de Hoge Raad consumenten in bescherming tegen ondoordachte of overhaaste besluiten. In deze bijdrage wordt onder meer behandeld of de cessie van de hiervoor genoemde 'problematische' vorderingen, mede in het licht van de voornoemde beslissingen van de Hoge Raad, non-conform is in de zin van art. 7:17 BW. In het vervolg kom ik tot een bespreking van het arrest waarbij ik eerst zal stilstaan bij het juridisch kader, waarna ik vervolg met de feiten, de overwegingen en een juridische analyse. Ik sluit af met een korte conclusie.

2. Juridisch kader

2.1 Conformiteit in het kooprecht

Op grond van art. 7:1 BW is koop de overeenkomst waarbij de een zich verbindt om een zaak te geven aan de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Koop kan ook betrekking hebben op een vermogensrecht door de schakelbepaling van art. 7:47 BW en feitelijk heeft de regeling van koop dus betrekking op goederen (zaken en vermogensrechten). De kern van het kooprecht wordt gevormd door de conformiteitsbepalingen van art. 7:17 BW tot en met art. 7:23 BW. Deze artikelen bepalen wat de koper mag verwachten bij de koop van een zaak en welke middelen hem ten dienste staan als het gekochte niet aan de verwachtingen voldoet. Art. 7:17 lid 1 BW bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Het vult één van de hoofdverplichtingen van de verkoper in. De volgende leden van dit artikel vullen het begrip 'aan de overeenkomst beantwoorden' in. Op grond van lid 2 beantwoordt een zaak niet aan de overeenkomst als zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Het begrip 'niet beantwoorden aan de overeenkomst' omvat ieder verschil tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst vormt en de afgeleverde zaak. Verder bepaalt lid 2 dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn; waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen en de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Het gaat om de materiële aspecten van de gekochte zaak; niet om de juridische aspecten

die in art. 7:15 BW centraal staan. Beslissend is dus wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten of met andere woorden: het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper omtrent de eigenschappen van de zaak. De afgeleverde zaak moet op grond van art. 7:10 lid 1 BW op het tijdstip van aflevering aan de overeenkomst beantwoorden. Als een gebrek zich echter pas na de levering openbaart, dan kan toch sprake zijn van non-conformiteit. Met betrekking tot een tweedehands machine die na de koop volledig rot blijkt te zijn, betekent het niet noodzakelijkerwijs dat het gebrek pas na de koop is ontstaan. Mogelijk was de machine ten tijde van de levering al bijna doorgerot, maar was het gebrek op dat moment niet of lastig te constateren en heeft het gebrek zich pas na de levering geopenbaard. Dit bij de levering bestaande gebrek kan leiden tot non-conformiteit. Een zuiver na de levering ontstaan gebrek kan echter niet leiden tot non-conformiteit.^[3]

2.2 Eigenschappen benodigd voor het normaal gebruik en andere eigenschappen

Zoals hiervoor kort is aangestipt, gaat het bij de eigenschappen van de zaak die de koper mag verwachten, om eigenschappen die nodig zijn voor het normale gebruik en om andere dan gebruiksbepalende eigenschappen. De term 'normaal gebruik' wordt genoemd in art. 7:17 lid 2 BW en komt bijvoorbeeld ook voor in de standaard NVM-koopakte: "De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik als woonhuis".^[4] Een koper van een woning mag ervan uitgaan dat het huis de feitelijke eigenschappen bezit die nodig zijn voor een normaal gebruik als woonhuis. Het is echter niet zo dat elke onvolkomenheid maakt dat het gekochte niet aan de overeenkomst beantwoordt. De vraag of een zaak voldoet aan hetgeen de koper daarvan mag verwachten, moet worden beantwoord aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval^[5] waarbij de bedoeling van de contracterende partijen centraal staat.^[6] Niet elk gebrek belemmert dus het normale gebruik. De koper van een bestaande woning zal, afhankelijk van onder meer ouderdom en de hoogte van de koopprijs, rekening moeten houden met een bepaalde mate van onderhoud en aanpassingen, ook al was de noodzaak daartoe ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst niet zichtbaar.^[7] Art. 7:17 lid 3 BW bevestigt dat ook andere dan gebruiksbepalende eigenschappen tot non-conformiteit kunnen leiden. Denk aan de gezondheid van een dier, de verwachtingen omtrent goodwill bij de koop van een onderneming^[8] en aan voorschriften die niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen van een woning.^[9]

2.3 Mededelings- en onderzoeksplicht

Bij de vraag wat de koper mag verwachten, wordt rekening gehouden met de mededelings- en de onderzoeksplicht. De verkoper heeft een mededelingsplicht als hij weet of in redelijkheid moet weten dat de zaak voor het normale of het bijzondere gebruik dat de koper voor ogen staat, ongeschikt is. De koper mag eigenschappen verwachten waarvan hij niet aan de aanwezigheid behoeft te twijfelen. Op de koper rust echter een onderzoeksplicht als hij twijfelt of in redelijkheid moet twijfelen over de aanwezigheid van eigenschappen die hij verwacht. De koper kan aan zijn onderzoeksplicht voldoen, bijvoorbeeld door het stellen van gerichte vragen aan de verkoper of door het opvragen van nadere informatie. Het leerstuk van de mededelings- en onderzoeksplicht hoort (historisch gezien) thuis in het leerstuk van dwaling: op grond van art. 6:228 lid 1 onder b BW dient een partij aan haar wederpartij mee te delen wat zij omtrent de dwaling van haar wederpartij weet of behoorde te weten. Volgens Van Wechem is het de vraag of in het leerstuk van art. 7:17 BW een onderzoeksplicht van de koper ligt besloten.^[10] In het algemeen wordt echter wel degelijk aangenomen dat in dit artikel een onderzoeksplicht van de koper ligt besloten.

In de praktijk spelen vragen rond mededelings- en onderzoeksplichten vaak bij geschillen die betrekking hebben op conformiteitsvragen op grond van art. 7:17 BW. In hoeverre op de verkoper een mededelingsplicht rust of op de koper een onderzoeksplicht, is afhankelijk van omstandigheden van het geval. Hierbij geldt het uitgangspunt dat de koper mag afgaan op mededelingen die de verkoper doet. Dit overwoog de Hoge Raad in het kader van dwaling in HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*). In die zin kan men spreken van een 'voorrangsregel' waarbij de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel voor gaat op de onderzoeksplicht van de koper. Deze voorrangsregel is door de Hoge Raad toegepast binnen het kader van het conformiteitsvereiste.^[11] Als de verkoper een op hem rustende mededelingsplicht heeft geschonden, dan kan hij zich in beginsel niet met succes tegen een beroep op non-conformiteit verweren door het standpunt in te nemen dat de koper zijn onderzoeksplicht heeft geschonden. De voorrangsregel geldt niet voor iedere mededeling van de verkoper. Drijber maakt een onderscheid tussen drie soorten mededelingen: (i) blote mededelingen, (ii) serieuze inlichtingen en (iii) toezeggingen en garanties.^[12] Blote mededelingen zijn van onvoldoende gewicht om bij onjuistheid een non-conformiteitsoordeel te dragen. Serieuze inlichtingen, toezeggingen en garanties kunnen wel een beroep op non-conformiteit rechtvaardigen. Vermeldenswaardig is de conclusie van Ruygvoorn in zijn bijdrage van 28 november 2016 in dit tijdschrift, waarin hij stelt dat bij het invullen van de conformiteitseis een verschuiving waarneembaar is van mededelingsplichten naar onderzoeksplichten.^[13] Hieruit volgt dat als een koper (in het licht van zijn eventuele specifieke kennis en ervaring) een redelijke grond heeft om te twijfelen omtrent de aanwezigheid (of afwezigheid) van een bepaalde eigenschap, de koper nader onderzoek moet doen en wanneer hij dat nalaat, hij niet snel een beroep kan doen op de aanwezigheid (of afwezigheid) van de eigenschappen die voor een normaal gebruik nodig zijn omdat hij in dat geval het

risico loopt dat de rechter aan dat normaal gebruik geen hoge eisen zal stellen.

Kort en goed geldt dat de omstandigheden van het geval met zich kunnen brengen dat de koper ondanks de door verkoper gedane mededelingen, gehouden is nader onderzoek te doen. Art. 7:17 lid 5 BW bepaalt nog dat de koper zich er niet op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. Het 'redelijkerwijs bekend kunnen zijn' wordt beperkt opgevat en voortkomt met name dat de koper zich erop beroept dat het gebrek hem onbekend was, terwijl het hem onmogelijk kon zijn ontgaan.^[14]

2.4 Gezichtspunten mededelings- en onderzoeksplicht

Zoals uit de vorige paragraaf volgt, komt het bij conformiteitsvraagstukken vaak neer op de vraag in hoeverre op de verkoper een mededelingsplicht rust of op de koper een onderzoeksplicht. Onder meer de volgende gezichtspunten kunnen bij de beantwoording van deze vraag een rol spelen:

- (i) de aard van de zaak. Relevant is of de zaak nieuw is of tweedehands; beschadigd of niet en of het een merkartikel betreft.^[15] Aan een goedkope tweedehandsauto mag men in beginsel minder hoge eisen stellen dan aan een nieuwe auto. Hetzelfde geldt voor een merkloos artikel ten opzichte van een merkartikel;
- (ii) de aard van het gebrek. Een interessant voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 11 december 2020^[16] waarin de Hoge Raad overweegt dat ernstige lichtoverlast (door winteropenstelling van het naastgelegen tennispark) van zodanige aard kan zijn dat een gekochte woning niet de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de koper de aanwezigheid niet behoefde te twijfelen;
- (iii) de hoedanigheid van partijen. In het algemeen rust op een professionele koper een zwaardere onderzoeksplicht dan op een particuliere koper, met name als de professionele koper van een particuliere verkoper koopt;
- (iv) de prijs. De hoogte van de prijs beïnvloedt de verwachtingen en bij lage prijzen mogen kopers in beginsel minder hoge eisen aan de zaak stellen;
- (v) mededeling door de verkoper. Op grond van art. 7:17 lid 2 BW zijn de mededelingen die de verkoper over de zaak doet mede van belang bij de vraag of sprake is van non-conformiteit;
- (vi) garanties door de verkoper. Garanties wekken gerechtvaardigde verwachtingen bij de koper en kunnen in dit kader een grote rol spelen. Een garantie is niet altijd beslissend voor wat de koper mag verwachten; hierbij kan bijvoorbeeld ook van belang zijn of er reclame gemaakt is voor het product en de wijze waarop het product in het maatschappelijk verkeer functioneert;
- (vii) wetenschap van de koper. Dat de wetenschap die de koper heeft of behoort te hebben een rol speelt volgt uit het arrest *KTDC/Impro*.^[17] In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat voor het antwoord op de vraag wat de koper mag verwachten niet alleen van belang is waarvan de verkoper ter zake van de eigenschappen van de zaak uitgaat en hetgeen de verkoper daarover heeft medegedeeld, maar ook wat de koper ten tijde van het aangaan van de overeenkomst over deze eigenschappen wist dan wel redelijkerwijs had kunnen weten;
- (viii) de soort winkel. In het algemeen mag men aan kleding gekocht in een modespeciaalzaak hogere eisen stellen dan aan kleding gekocht in een 'second life' winkel of een dumpzaak;
- (ix) zichtbaarheid van het gebrek. Het kan van belang zijn of het gaat om zichtbare of onzichtbare gebreken. Onzichtbare of verborgen gebreken spelen vaak bij de koop van woningen en worden pas na aankoop van de woning ontdekt. De Hoge Raad bepaalde dat de koper van een in 1920 gebouwd huis waarvan de kelder met bouwpuin is dichtgegooid en muf ruikt, rekening dient te houden met de mogelijkheid dat de muren van de kelder water doorlaten.^[18]

2.5 Gevolgen van non-conformiteit

Naast de algemene gevolgen van niet-nakoming door de verkoper (zoals wanprestatie op grond van art. 6:74 BW en ontbinding op grond van art. 6:265), kent het kooprecht bijzondere gevolgen van niet-nakoming. Op grond van art. 7:21 lid 1 BW kan de koper aflevering van het ontbrekende; herstel van de afgeleverde zaak of vervanging van de afgeleverde zaak vorderen. De kosten van nakoming van deze verplichtingen zijn voor rekening van de verkoper (lid 2) en de verkoper dient de nodige spoed in acht te nemen (lid 3). Op grond van art. 7:23 lid 1 BW moet de koper binnen bekwame tijd klagen over de non-conformiteit. Dit artikel heeft dezelfde strekking als de in art. 6:89 BW neergelegde regel. De koper dient de zaak aldus op deugdelijkheid te onderzoeken en hij moet de verkoper zo spoedig mogelijk waarschuwen als de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om breed stil te staan bij het onderwerp van de klachtplicht. Van belang is in ieder geval dat het niet voldoen aan de klachtplicht, in beginsel verval van alle rechten tot gevolg heeft. De koper kan zich dan dus niet meer op de non-conformiteit beroepen. Verder bepaalt art. 7:23 lid 2 BW dat rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. De verjaringstermijn voor conformiteitsvorderingen is dus korter dan de vijfjaarstermijn voor de meeste remedies.

2.6 Consumentenkoop

Consumentenkoop is de koopovereenkomst tussen een professionele verkoper en een particuliere koper (consument). Ten aanzien van een consumentenkoop geldt dat van de kooptitel (afdeling 1-7) niet ten nadele van de consument kan worden afgeweken. Jegens consumenten is de kooptitel dus grotendeels van dwingend recht. Zo kan bijvoorbeeld niet ten nadele van de consument worden afgeweken van het gestelde in art. 7:17 BW en evenmin van de klachtplicht in art. 7:23 BW. Met betrekking tot niet-consumentenkoop is de kooptitel van regelend recht en kunnen partijen van deze titel afwijken door een andersluidende bepaling of bijvoorbeeld een (vergaande) exoneratieclausule in de koopovereenkomst op te nemen. Europese richtlijnen oefenen invloed uit op de consumentenkoop. Zo beoogt Richtlijn 1999/44/EG een gemeenschappelijk minimumniveau van consumentenbescherming te scheppen ongeacht de plaats van aankoop van de zaak in de Europese Unie. De richtlijn bevat hoofdzakelijk een opsomming van de verplichtingen van de verkoper en de rechten van de koper. Garanties van de verkoper zijn bindend en mogen kopers niet misleiden. Op 20 mei 2019 is Richtlijn 2019/771 aangenomen, beter bekend als Richtlijn Consumentenkoop.^[19] Deze richtlijn beoogt een hoog niveau van consumentenbescherming te scheppen. De kern van de richtlijn betreft de non-conformiteitsbepalingen vastgelegd in artikel 5 tot en met 18. Veruit de meeste bepalingen zijn in overeenstemming met de geldende Nederlandse wetgeving. Een opvallend verschil is dat de zaak vermoed wordt non-conform te zijn indien het gebrek zich binnen één jaar na levering manifesteert (artikel 11). Deze bepaling is ruimer dan de zes maanden termijn in art. 7:18 lid 2 BW. De bepalingen uit de richtlijn gelden op basis van artikel 24 op overeenkomsten gesloten vanaf 1 januari 2022.

2.7 Conclusie

Met betrekking tot het conformiteitsvraagstuk is beslissend wat de koper op grond van de koopovereenkomst van de zaak mocht verwachten. Bij de vraag wat de koper mocht verwachten, wordt onder andere rekening gehouden met mededelings- en onderzoeksplichten waarbij het uitgangspunt geldt dat de koper mag afgaan op mededelingen van de verkoper. In paragraaf 2.4 is een aantal gezichtspunten besproken en deze gezichtspunten maar ook andere omstandigheden van het geval, kunnen met zich brengen dat de koper ondanks de door verkoper gedane mededelingen, gehouden is nader onderzoek te doen. Voor de koper is de klachtplicht uit art. 7:23 BW specifiek van belang, niet in de laatste plaats vanwege de verstrekende gevolgen. Tot slot geldt dat de kooptitel jegens consumenten grotendeels van dwingend recht is.

3. De feiten; de rechtbank en het hof

De relevante feiten in deze kwestie zijn de navolgende. Hoist exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met het aankopen van schulden en met schuldmanagement van consumenten met betalingsachterstanden. Vodafone, een grote aanbieder van telecommunicatiediensten, heeft met consumenten telefoonabonnementen inclusief mobiele telefoons afgesloten. Een deel van de consumenten heeft niet of niet volledig aan de betalingsverplichtingen jegens Vodafone voldaan. Hoist en Vodafone hebben in 2012 een cessieovereenkomst gesloten op grond waarvan Vodafone vorderingen op haar klanten heeft overgedragen aan Hoist. In de overeenkomst hebben partijen vastgelegd dat Hoist de cessie van deze vorderingen moet aanvaarden, tenzij een van de specifiek in de overeenkomst genoemde situaties zich voordoet. Het gaat om situaties waarin de vorderingen niet of moeilijk te incasseren zijn, bijvoorbeeld omdat de consument zich in detentie of in een psychiatrische inrichting bevindt; het vorderingen betreft waarbij sprake is van fraude of vorderingen waarvan het Vodafone bekend was of had kunnen zijn dat ten tijde van de overdracht van de vorderingen de consument niet zou gaan betalen vanwege een regeling voor de WSNP of een soortgelijke regeling. Het gaat dus om 'problematische' vorderingen. Bij vonnis van 13 juni 2013, circa een jaar na het sluiten van de cessieovereenkomst, heeft de kantonrechter te Delft een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd met betrekking tot een zaak van een branchegenoot van Hoist tegen een niet-betalende consument met een telefoonabonnement. De vraag luidde of telefoonabonnementen waarbij 'gratis' telefoons aan de consument ter beschikking worden gesteld gekwalificeerd kunnen worden als consumentenkrediet en/of als koop op afbetaling. Bij prejudiciële beslissing van 13 juni 2014 heeft de Hoge Raad de vraag beantwoord en beslist dat een telefoonabonnement inclusief telefoon in beginsel wordt beheerd door de wettelijke regels van consumentenkrediet en koop op afbetaling (zie paragraaf 1). Als een consument in een voorkomend geval een overeenkomst heeft die niet voldoet aan deze wettelijke bepalingen, kan de overeenkomst vernietigd worden althans met betrekking tot het toestelgedeelte van de overeenkomst. Bij prejudiciële beslissing van 12 februari 2016 heeft de Hoge Raad in een vergelijkbare zaak prejudiciële vragen beantwoord door te beslissen dat de rechter de bepalingen die van toepassing zijn op koop op afbetaling ambtshalve dient toe te passen.

Met name op grond van deze rechtspraak stelt Hoist dat de vorderingen die Vodafone aan Hoist heeft gecedeerd nietig zijn, omdat de rechter ambtshalve moet oordelen dat de overeenkomst geen rechtsgevolg heeft. Vodafone schiet aldus Hoist tekort in de nakoming van de cessieovereenkomst. Mocht nietigheid niet aan de orde zijn, dan is Hoist van mening dat de gecedeerde vorderingen non-conform zijn omdat de onderliggende overeenkomsten vernietigd kunnen worden. Het komt vervolgens aan op een procedure. Zowel de rechtbank als het Hof Amsterdam wijzen de vorderingen van Hoist af. Het hof is van mening dat uit de genoemde beslissingen van de Hoge Raad niet volgt dat de vorderingen die zijn overgedragen nietig

zijn omdat de abonnementen niet voldeden aan de regels over koop op afbetaling. Als het toesteldeel van het abonnement niet van kracht is geworden in de zin van art. 7A:1576 lid 2 (thans: 7:61 lid 2 BW), bijvoorbeeld omdat de koopprijs van het toestel niet specifiek in de overeenkomst is vermeld, heeft dat volgens het hof niet tot gevolg dat de overeenkomst als geheel niet tot stand is gekomen. Deze wettelijke regeling ziet immers alleen op koop op afbetaling (toestelgedeelte) en niet op het verlenen van telecommunicatiediensten. Ten aanzien van het toestelgedeelte kan de consument de overeenkomst vernietigen, maar consumenten kunnen het gedeelte met betrekking tot het verlenen van communicatiediensten niet aantasten. Vodafone kon de uit de overeenkomsten met de consumenten voortvloeiende vorderingen aan Hoist rechtsgeldig verkopen en leveren. Van non-conformiteit van de vorderingen is geen sprake.

4. De Hoge Raad

Hoist laat het er niet bij zitten en gaat in cassatie. Voor zover hier relevant, stelt Hoist dat de gecedeerde vorderingen non-conform zijn op grond van art. 7:17 BW. Naar de mening van Hoist heeft het hof ten onrechte niet getoetst aan art. 7:17 BW waaruit volgt dat voor het normaal gebruik van een vordering op een wanbetaler, namelijk het incasseren van deze vordering, ten minste nodig is dat de vordering incasseerbaar is. Naar de mening van Hoist is deze incasseerbaarheid zeer onzeker, met name gezien de potentiële consequenties van de ten tijde van het sluiten van de cessieovereenkomst aanstaande prejudiciële beslissing en het feit dat Vodafone heeft verzuimd om noodzakelijke mededelingen over de vorderingen te doen (namelijk dat deze incasseerbaarheid onzeker was). Ook bij de Hoge Raad krijgt Hoist ongelijk:

(...) “Aldus heeft het hof kennelijk het in de feitelijke instanties door Vodafone gevoerde verweer gegrond geoordeeld, inhoudende dat partijen in art. 4 van de cessieovereenkomst nader hebben bepaald in welke gevallen sprake is van ‘niet aan de overeenkomst beantwoorden’ als bedoeld in art. 7:17 BW, en dat de cessieovereenkomst inhoudt dat het risico van de overgedragen vorderingen niet of moeilijk te incasseren zijn in andere gevallen dan genoemd in art. 4.1 van die overeenkomst, op Hoist rust. Dit oordeel, dat berust op uitleg van de cessieovereenkomst, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk (r.o. 3.2.3.).”

“Het hof heeft de door Hoist gestelde non-conformiteit beoordeeld aan de hand van de door het hof aan de cessieovereenkomst gegeven uitleg. Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het hof het bepaalde in art. 7:17 BW moest toepassen zonder daarbij acht te slaan op hetgeen tussen partijen is overeengekomen, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het onderdeel berust op de stelling dat Vodafone als verkoper verzuimd heeft om noodzakelijke mededelingen over de vorderingen te doen, faalt het omdat het hof die stelling (terecht) heeft verworpen en de tegen dat oordeel gerichte klachten geen doel treffen (r.o. 3.2.5.).”

De Hoge Raad overweegt dat bij de beoordeling of sprake is van ‘niet aan de overeenkomst beantwoorden’ in de zin van art. 7:17 BW, van belang is wat partijen zijn overeengekomen. Het komt dus aan op uitleg van de overeenkomst. In de cessieovereenkomst zijn Vodafone en Hoist overeengekomen in welke gevallen sprake is van ‘niet aan de overeenkomst beantwoorden’ als bedoeld in art. 7:17 BW. Partijen zijn immers overeengekomen dat Hoist de cessie van deze vorderingen moet aanvaarden tenzij een van de specifiek in de overeenkomst genoemde situaties zich voordoet. Het hof heeft de cessieovereenkomst zo uitgelegd dat partijen daarmee zijn overeengekomen dat het risico van de overgedragen vorderingen niet of moeilijk te incasseren zijn in *andere situaties* dan genoemd in de cessieovereenkomst, voor rekening van Hoist komt. Dit oordeel van het hof geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

5. Analyse

De Hoge Raad overweegt in lijn met het hof dat bij de beoordeling of sprake is van non-conformiteit, van belang is wat partijen zijn overeengekomen. De stelling dat de rechter het bepaalde in art. 7:17 BW moet toepassen zonder daarbij acht te slaan op hetgeen tussen partijen is overeengekomen, is onjuist evenals de stelling dat op grond van art. 7:17 BW moet worden aangenomen dat voor normaal gebruik van een vordering op een wanbetaler, tenminste nodig is dat deze incasseerbaar is. Partijen zijn in de cessieovereenkomst overeengekomen in welke gevallen sprake is van non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW. Zij hebben immers uitdrukkelijk bepaald dat Hoist de vorderingen moet aanvaarden tenzij een van de in de cessieovereenkomst genoemde situaties zich voordoet. Door deze bepaling uit te leggen komt het hof tot het oordeel dat als de vorderingen om *andere redenen* dan genoemd in de overeenkomst niet of moeilijk te incasseren zijn, Hoist de vorderingen moet aanvaarden. Hetgeen partijen contractueel bepaald hebben, wordt uitgelegd, waarbij de Haviltex-norm centraal staat, en zowel het hof als de Hoge Raad oordelen mijns inziens terecht dat de moeilijk of niet te incasseren vorderingen voor risico van Hoist zijn.

Op grond van art. 7:10 BW – dat op grond van art. 7:47 BW van overeenkomstige toepassing is op de koop van vorderingen op naam – geldt dat het gekochte vanaf het moment van levering voor risico van de koper is. Op het moment van levering waren de vorderingen rechtsgeldig en partijen zijn van deze bepaling niet afgeweken in de overeenkomst. Verder is zoals hiervoor vermeld, geen sprake van een situatie met betrekking tot het niet of moeilijk incasseren van de vorderingen zoals

beschreven in de overeenkomst, zodat Hoist verplicht was de vorderingen te aanvaarden. Als Hoist bepaalde beslissingen in de jurisprudentie als grond voor teruglevering van de vorderingen ('retrocessie') had willen bewerkstelligen dan wel een wijziging in de wettelijke risicoverdeling of mogelijk andere situaties die als problematische vordering gelden, dan had Hoist dat in de overeenkomst moeten opnemen. Art. 7:17 BW is immers van regelend recht en het staat partijen vrij het gestelde in dit artikel contractueel op een andere wijze in te vullen. De vraag kan gesteld worden of dit oordeel anders zou zijn geweest indien de consumenten voorafgaand aan de cessie reeds van hun vernietigingsrecht gebruik hadden gemaakt en met name in het kader van art. 7:15 BW. In dit artikel is bepaald dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen in eigendom over te dragen. In deze situatie is de rechtsgeldigheid van de met die consumenten gesloten telefoonabonnementen, in ieder geval met betrekking tot het toestelgedeelte, in het geding. Hoist heeft echter niet gesteld dat consumenten van dit recht gebruik hebben gemaakt. En in het kader van art. 7:15 BW overweegt de Hoge Raad dat dit artikel geen betrekking heeft op het niet of moeilijk incasseerbaar zijn van een overgedragen vordering als gevolg van nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst waaruit die vordering voortvloeit. Een dergelijke eigenschap van een overgedragen vordering is dus geen bijzondere last of beperking in de zin van voornoemd artikel.

Voor de praktijk is het relevant dat de Hoge Raad benadrukt dat bij de beoordeling of sprake is van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden' in de zin van art. 7:17 BW, van belang is wat partijen zijn overeengekomen. De contractspartijen bepalen wanneer er sprake is van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden' in de zin van art. 7:17 BW. Dit betekent ook dat de contractspartijen de verhouding tussen onderzoeks- en mededelingsplichten contractueel kunnen beïnvloeden, zelfs in een zodanige mate dat partijen de onderzoeksplicht van de ene partij ten laste van de andere partij kunnen wegschrijven. De andere partij rest uiteraard een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar dan moet er echt iets serieus aan de hand zijn. Een rechter oordeelt niet zomaar dat op een contractuele bepaling geen beroep kan worden gedaan. Dat zal immers alleen gebeuren als een dergelijk beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is (art. 6:248 lid 2 BW). Contractopstellers dienen aldus rekening te houden met een juiste en volledige contractuele invulling van de situaties van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden'. Bepalen zij dat het risico in een aantal concrete situaties bij de ene partij ligt, dan kan op basis van het onderhavige arrest gesteld worden dat deze risicoverdeling in andere (niet-contractueel bepaalde) situaties niet (per definitie) geldt. Specifiek voor ondernemingen die zich bezighouden met het kopen van vorderingen, is de overweging dat een niet-incasseerbare vordering niet per definitie non-conform is, relevant. Wenst men (meer) zekerheid, dan dient men de situaties van non-conformiteit deugdelijk vast te leggen in de overeenkomst. Is de bepaling niet duidelijk of bevat de bepaling een leemte, dan zal de rechter tot uitleg overgaan waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Het arrest is mijns inziens derhalve met name een reminder dat contractspartijen in de koopovereenkomst goed moeten stilstaan bij het vastleggen van de gemaakte afspraken, specifiek in het kader van art. 7:17 BW.

6. Conclusie

Het feit dat een vordering niet-incasseerbaar is, maakt de vordering nog niet non-conform in de zin van art. 7:17 BW. Toepassing van art. 7:17 BW zonder acht te slaan op hetgeen tussen partijen is overeengekomen, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Centraal staat wat partijen in het kader van art. 7:17 BW zijn overeengekomen en de uitleg daarvan.

Voetnoten

[1]

Daniel Burgers is advocaat bij Legal8 te Houten.

[2]

HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236.

[3]

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/258, m.nt. J. Hijma (*Blijd/Rental*).

[4]

Artikel 6.3 van de NVM-koopakte, versie 2020.

[5]

HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275.

[6]

HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets*).

[7]

Rb. Arnhem, 4 december 1997, NJ kort 1998/22 (*Zelden-thuis/Tengnagel*).

[8]

HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, *NJ* 2013/256 (*Holle Bolle Gijs*).

[9]

HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383.

[10]

T.H.M. van Wechem, *Contracteren*, aflevering 01, 2008, Leerstukken: De verhouding tussen mededelings- en informatieplichten, de betekenis van contractuele afspraken en de rol van artikel 7:17 hierbij, en kan dwaling contractueel worden uitgesloten?

[11]

HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, *NJ* 2008/588.

[12]

Parket bij de HR, 6 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:396.

[13]

M.R. Ruysgvoorn, *Bb* 2016/86, Onderzoeks- versus mededelingsplichten bij non-conformiteit bij koop.

[14]

MvT, [Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3](#), p. 18.

[15]

MvT, [Kamerstukken II 2000/01, 27809, nr. 3](#), p. 4 en 17/18.

[16]

HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2003.

[17]

HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, *NJ* 2010/275 (*KTDC/Impro*).

[18]

HR 2 april 1999, *NJ* 1999/585.

[19]

Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen.