

Civiel recht

159
Hoge Raad 10 juli 2015, nr. 14/02195 ECLI:NL:HR:2015:1830 ECLI:NL:PHR:2015:506 (mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Drion, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek) (concl. A-G mr. Van Peursem) Noot G.J. de Bock
Contractenrecht. Bewaarneming. Samenloop van bijzondere overeenkomsten. Haviltex. Weigering productie bij pleidooi.
De kwalificatie van overeenkomst als bewaarneming bij de stalling van een schip in een haven. Een eventueel belang van de bewaarnemer sluit de kwalificatie van de overeenkomst als bewaarneming niet uit. Uitleg overeenkomst op grond van Haviltex-maatstaf. Samenloop bij door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Weigering van formeel tijdig ingediende productie bij pleidooi.
[BW art. 6:215, 7:600 e.v.; Lpr art. 2.17]

In de onderhavige zaak gaat het om een schip dat door Searocco Yachts kosteloos ter beschikking is gesteld aan Altena voor beurzen en promotiedoeleinden en om het schip tegen een bonus ten behoeve van Searocco Yachts te kunnen verkopen. Partijen raken met elkaar in conflict en Altena beëindigt alle overeenkomsten met Searocco Yachts c.s. Altena vordert betaling van onder andere stallings- en onderhoudskosten van Searocco Yachts c.s. als loon uit bewaarneming. Altena krijgt in twee feitelijke instanties gelijk en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. Het feit dat een bonusregeling tot stand is gekomen tussen Altena en Searocco, welke mede in het belang van Altena is, staat de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen partijen als bewaarneming niet in de weg. De verschuldigheid van loon kan door de rechter op basis van samenloop worden toegewezen.

Een processueel onderdeel in deze zaak is de weigering van een op grond van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshaven tijdig ter gelegenheid van pleidooi ingediende productie door Searocco Yachts c.s. De Hoge Raad oordeelt op inhoudelijke gronden dat hoor en wederhoor niet is geschonden door de weigering van de productie.

1. Searocco Yachts B.V.,
2. Restant Verkoop B.V.,
beide gevestigd te Ubbergen,
gemeente Berg en Dal,
Eiseressen tot cassatie, verweersters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: aanvankelijk mr. L. Kelkensberg, thans mr. R.P.J.L. Tjittes,
tegen
Altena Yachting B.V.,
gevestigd te Geertruidenberg,

Verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. D. Rijpma.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Searocco Yachts en Restant Verkoop (tezamen als Searocco Yachts c.s.) en Altena.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

In deze zaak is een Saerocco-jacht 'Femina', eigendom van eerst Saerocco Yachts, nadien Restant Verkoop en afgebouwd door scheepswerf Altena, ruim twee jaar aan Altena ter beschikking gesteld voor promotioneel gebruik voor door Altena af te bouwen en te verkopen nieuwe Saerocco's en om de 'Femina' zelf tegen een substantiële bonus van Saerocco Yachts te kunnen verkopen (welke verkoop niet heeft plaatsgevonden). Nadat in de herfst van 2009 een conflict tussen partijen was gerezen, is onder meer geschil ontstaan over toen door Altena, na beëindiging door haar van de samenwerking tussen partijen, bij Saerocco Yachts c.s. in rekening gebrachte kosten voor liggeld en gemaakte (onderhouds)kosten. De rechtbank heeft het overgrote deel van die gevorderde kosten toegewezen. Saerocco Yachts c.s. zijn daar tevergeefs tegen opgekomen in hoger beroep en stellen nu cassatie in. De belangrijkste kwesties in cassatie zijn deze. Kan sprake zijn van bewaarneming (en geen bruikleen) in combinatie met consignatie? Is het begrijpelijk dat het hof oordeelt dat alleen beroep is gedaan op een bestendig gebruik(elijk beding) en niet op gewoonterecht in de zin van art. 6:248 BW bij de stelling van Saerocco Yachts c.s. dat gedurende de tijd dat Altena het schip onder zich had met het oog op verkoop tegen bonus geen kosten bij Saerocco Yachts c.s. in rekening zouden worden gebracht? Is de goede procesorde (hoor en wederhoor) geschonden door weigering van een tardief geoordeelde productie bij pleidooi in hoger beroep en wie zijn eigenlijk partij bij de bemiddelingsovereenkomst(en) tussen partijen?

Ik denk dat het principaal beroep niet opgaat. Aan het voorwaardelijk incidenteel beroep wordt dan niet toegekomen, maar inhoudelijk slaagt dat volgens mij evenmin.

1. Feiten¹

1.1 Altena heeft in 2005/2006 in opdracht van Searocco Yachts, toen geheten [A] B.V., een zeewaardig motorschip van het type Searocco 1500 (de Searocco 6) afgebouwd. Dit schip kreeg de naam Femina. Altena had al eerder een vrijwel identiek schip, de Searocco 5, afgebouwd voor Searocco Yachts, waarvoor tussen partijen een overeenkomst van aanneming van werk d.d. 17 maart 2004 was opgesteld. Voor de afbouw van de Femina is geen afzonderlijke overeenkomst op schrift gesteld.

1.2 De Femina is in augustus 2006 aan Searocco Yachts opgeleverd. Op 13 september 2006 is het schip voor beurspresentaties op transport gezet naar Port Napoleon aan de Middellandse Zee. Het schip is in Barcelona en in Genua op beurzen gepresenteerd. In het voorjaar van 2007 heeft de (indirect) directeur van Searocco Yachts, [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), het schip teruggevaren naar Nederland, alwaar het schip op 20 juni 2007 is teruggekomen in de haven van Altena. Daarna heeft Altena nog werkzaamheden aan het schip verricht.

1.3 Intussen heeft [betrokkene 1] in zijn hoedanigheid van directeur van [A] B.V. (hierna: [A]) bij schriftelijke overeenkomst met Altena van 15 juni 2007, aan Altena tegen een vaste en een vari-

¹ Ontleend aan rov. 3.1 t/m 3.9 van het in cassatie bestreden arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 januari 2014.

abele (licentie)vergoeding het exclusieve recht verleend voor de (af)bouw en de verkoop van jachten van het type Searocco².

Artikel 2 van deze overeenkomst van 15 juni 2007 luidt:

“De overeenkomst heeft een geldigheidsduur van drie jaar; nadien vervallen de hiervoor genoemde rechten; wel zal het Altena zijn toegestaan de in de loop van de overeenkomst gebouwde jachten ook nadien te verkopen.”

Artikel 6 van diezelfde overeenkomst luidt:

“Het staat [betrokkene 1] vrij om de thans nog in aanbouw zijnde Searocco 2000, alsmede de complete Searocco 1500 [de Femina, toevoeging A-G] af te bouwen en te verkopen.

Wel zal [betrokkene 1], zolang voormelde jachten niet verkocht zijn, deze kosteloos ter beschikking stellen voor beurzen en/of promotiedoeleinden.”

1.4 Op 9 juli 2007 heeft [betrokkene 1] vanaf Searocco.com een e-mail gestuurd aan Altena, waarin staat:

“[betrokkene 1],

Hierbij zoals toegezegd de verkoopprijs plus jouw bonus bij verkoop van Searocco 6:

verkoopprijs

excl. btw

€ 1.000.000,= 15% = € 150.000,=

€ 900.000,= 10% = € 100.000,=

€ 800.000,= 8% = € 64.000,=

€ 700.000,= 5% = € 35.000,= (...)”

1.5 De Femina is bij Altena blijven liggen. Het schip is niet verkocht. Er zijn wel één (standpunt Searocco Yachts c.s.) of twee (standpunt Altena) belangstellenden geweest, maar tot een verkoop is het niet gekomen.

1.6 Eind maart 2008 is bij Altena in de haven ingebroken in enkele schepen, waaronder de Femina. Hierbij zijn vernielingen aan de Femina aangericht. Altena heeft dit gemeld aan [A].

1.7 Nadat een zekere [betrokkene 2] op 28 augustus 2009 ten laste van Restant Verkoop onder Altena conservatoir scheepsbeslag had gelegd op het schip de Masalino (ook een Searocco), is Altena met dat schip naar de Hiswa gevaren. Op de Hiswa heeft de aangestelde gerechtelijk bewaarder de door Altena tentoongestelde Masalino op 4 september 2009 ten overstaan van het publiek afgevoerd. Restant Verkoop bleek de Masalino niet bij notariële akte aan Altena in eigendom te hebben overgedragen. Dit een en ander heeft voor Altena tot een vertrouwensbreuk met [betrokkene 1] geleid.

1.8 Op 16 oktober 2009 heeft Altena aan Searocco Yachts een factuur gestuurd voor gemaakte kosten in verband met stallen en onderhoud van de Femina in de jaren 2006, 2007, 2008 en 2009 ten bedrage van € 38.174,66 inclusief btw. Bij brief van 21 oktober 2009 heeft Searocco Yachts aan Altena bericht dat zij de factuur niet zal betalen omdat zij geen opdracht heeft verstrekt voor de werkzaamheden en geen liggeld is overeengekomen. Op 22 oktober 2009 heeft Altena aan [betrokkene 1] een brief verstuurd waarin Altena wegens het incident op de Hiswa alle contracten met [betrokkene 1], met [A] en met Searocco Yachts annuleerde, en aan [betrokkene 1] verzocht om na de betaling van de factuur de Femina op te halen. Op 27 oktober 2009 heeft Altena nog een factuur aan Searocco Yachts ge-

stuurd voor het winterklaar maken van de Femina, dit ten bedrage van € 621,18 inclusief btw.

1.9 Bij brief van 14 februari 2010 heeft de advocaat van Searocco Yachts aan Altena bericht dat Searocco Yachts de Femina in 2007 heeft verkocht en geleverd aan Restant Verkoop. De Femina ligt nog steeds bij Altena, inmiddels onder (hernieuwd) conservatoir beslag van Altena van 7 januari 2011.

2 Procesverloop

2.1 Altena heeft Searocco Yachts c.s. op 11 augustus 2010 gedagvaard voor de Rechtbank Arnhem. Altena heeft in eerste aanleg gevorderd (zie rov. 4.1 van het eindarrest van het hof³):

- veroordeling van Searocco Yachts tot betaling van € 35.885,17 (inclusief btw) voor verrichte reparatiewerkzaamheden, noodzakelijk onderhoud en stalling/liggeld, vermeerderd met wettelijke handelsrente; en

- een verklaring voor recht dat Restant Verkoop jegens Altena aansprakelijk is voor de kosten van ligplaats van het schip, walstroom, en milieuheffing in/op de werf van Altena vanaf 15 februari 2010.

2.2 Altena legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Searocco Yachts als eigenaresse van het schip, opgevolgd door Restant Verkoop, de Femina aan haar in bewaring heeft gegeven. Verder stelt Altena dat zij met Searocco Yachts heeft afgesproken dat zij haar kosten aan de Femina bij gelegenheid van bijvoorbeeld verkoop van het schip bij Searocco Yachts in rekening zou brengen. Searocco Yachts c.s. betwisten onder meer dat zij het schip aan Altena in bewaring hebben gegeven. Zij beroepen zich op een tussen een andere BV van de (middellijke) bestuurder/aandeelhouder van Saerocco c.s., [betrokkene 1], en Altena gesloten overeenkomst van 15 juni 2007 die volgens hen een consignatieovereenkomst inhoudt. Daarin zijn de kosten van “opslag” begrepen uit de e-mail van 9 juli 2007. Het is volgens hen bestendig gebruikelijk beding dat geen vergoeding of stallingskosten betaald hoeven te worden wanneer een schip niet wordt verkocht, tenzij anders overeengekomen, wat volgens hen hier niet is gebeurd (rov. 4.3).

2.3 Rechtbank Arnhem heeft bij eindvonnis van 7 maart 2012⁴ Searocco Yachts veroordeeld tot betaling van € 28.897,50, vermeerderd met wettelijke handelsrente. Alleen de gevorderde hoofdsomkosten voor werkzaamheden aan het zogenoemde “potdeksel” zijn daarbij afgewezen. Daarnaast heeft de rechtbank voor recht verklaard dat Restant Verkoop vanaf 15 februari 2010 jegens Altena aansprakelijk is voor de kosten van ligplaats van het schip, walstroom en milieuheffing in/op de werf van Altena. Searocco Yachts c.s. zijn veroordeeld in de proceskosten, en het meer of anders gevorderde is afgewezen (rov. 4.2).

2.4 Tegen het eindvonnis van de rechtbank is door Searocco Yachts c.s. hoger beroep ingesteld. Altena heeft incidenteel appel ingesteld.

2.5 Hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij eindarrest van 21 januari 2014⁵ het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd. Searocco Yachts c.s. zijn veroordeeld in de kosten van het principale appel, en Altena is veroordeeld in de kosten van het incidentele appel.

2.6 Searocco Yachts c.s. hebben bij dagvaarding van 22 april 2014 tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest van

990

2 Uit de overeenkomst zelf blijkt dat niet en ook niet uit de door het hof in deze zaak vastgestelde feiten, maar ik leid uit rov. 2.3 van een kortgedingvonnis van 8 oktober 2009 tussen (onder meer) partijen (vgl. prod. 2 bij cva) af dat bestuurder/adh [betrokkene 1] van Saerocco c.s. ontwerper is van de Saerocco 1500 en 2000 en dat een van zijn vennootschappen houdster van het ontwerp en de tekeningen is. Scheepswerf Altena bouwt in opdracht van derden nieuwe motorjachten en bouwt casco's af tot motorjachten, aldus rov. 2.1 van dit (op 27 oktober 2009 herstellende) vonnis.

3 Tenzij uit de context anders blijkt of anders is aangegeven, betreffen verwijzingen naar rechtsoverwegingen dit arrest.

4 Rb Arnhem 7 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0579.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:325, gewezen na pleidooi, waarvan p-v is opgemaakt dat bij de stukken zit en nadat partijen na pleidooi in appel op suggestie van het hof nog een mediation hebben beproefd, die is mislukt (vgl. rov. 2.2).

het hof van 21 januari 2014.⁶ Altena heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep leidt tot vernietiging. Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping, hun respectievelijke standpunten schriftelijk toegelicht, waarna nog is gerepliceerd en gedupliceerd.

3 Bespreking van de cassatiemiddelen

principaal cassatieberoep

3.1 Onderdelen 1 en 4 voeren aan dat ten onrechte, althans onbegrijpelijk(er) bewaarneming is aangenomen, waarbij volgens onderdeel 3 ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd voorbij is gegaan aan het beroep van Saerocco Yachts c.s. op het bestendig gebruikelijk beding dat in gevallen als hier aan de orde geen liggeld is verschuldigd. Onderdeel 2 keert zich tegen het weigeren bij pleidooi van een voor Saerocco Yachts c.s. belangrijke productie, waardoor haar recht op hoor en wederhoor is geschonden, althans is deze beslissing onvoldoende gemotiveerd volgens Saerocco Yachts c.s.

bewaarneming?

3.2 Onderdeel 1(a) richt zich tegen rov. 4.6:

“4.6 Hierover⁷ oordeelt het hof als volgt.

Een feit is dat [betrokkene 1], bestuurder van zowel Saerocco Yachts, de eigenaresse van de Femina, als van [A], minst genomen heeft toegelaten dat haar schip de Femina op de werf van Altena werd gelegd/gestald, blijkens de overeenkomst van 15 juni 2007 met de bedoeling dat [A] de Femina, zolang zij nog niet was verkocht, kosteloos ter beschikking stelde voor beurzen en/of promotiedoeleinden. Dit past in de e-mail van 9 juli 2007 van Saerocco Yachts aan Altena, waaruit blijkt dat zij met Altena een bonus was overeengekomen voor het geval Altena de Femina voor haar zou verkopen. Aldus bevindt Altena zich met betrekking tot de Femina in twee onderling nauw samenhangende rechtsverhoudingen met enerzijds [A] en anderzijds Saerocco Yachts, beide bestuurd door [betrokkene 1].

Onder deze omstandigheden mocht Altena er redelijkerwijs op vertrouwen dat Saerocco Yachts haar de Femina in bewaring gaf voor de haar door [A] onder een bonusregeling verstrekte bemiddelingsopdracht. Nu de overeenkomst door de bewaarnemer (Altena) in de uitoefening van haar bedrijf is aangegaan, is de bewaargever (Saerocco Yachts) haar ingevolge artikel 7:601 lid 1 BW in beginsel loon verschuldigd (hier: liggeld). Het bestaan van de bonusregeling in het kader van de door [A] verstrekte bemiddelingsopdracht sluit dit niet zonder meer uit, temeer nu daarbij niet (met zoveel woorden) uitsluiting van loon c.q. liggeld is bedongen, laat staan voor het geval geen verkoop (tot, A-G) stand zou komen.

Saerocco Yachts heeft aangevoerd dat [A] de Femina voor beurzen en/of promotiedoeleinden kosteloos aan Altena ter beschikking heeft gesteld. Een kosteloze terbeschikkingstelling betekent echter naar algemeen spraakgebruik dat degene die een zaak aan een ander ter beschikking stelt aan deze laatste geen kosten in rekening brengt, maar niet het omgekeerde, namelijk dat degene aan wie de zaak ter beschikking is gesteld,

geen kosten aan zijn wederpartij in rekening zou mogen brengen. Altena behoeft er dan ook in redelijkheid niet op bedacht te zijn dat [A] met deze formulering van artikel 6 in de overeenkomst van 15 juni 2007 beoogde voor zichzelf en voor Saerocco Yachts het omgekeerde overeen te komen, namelijk dat aan haar geen kosten in rekening zouden worden gebracht.

Ter comparitie is namens Altena verklaard dat de afgesproken bonus aanzienlijk hoger was dan de normale provisie in deze markt en dat zij, zo zij deze bonus zou hebben gekregen, niet nog afzonderlijke rekeningen aan de scheepseigenaar zou hebben gestuurd voor de stalling, het gebruikelijke onderhoud en de extra kosten. Indien deze mededeling al als een weergave van een contractuele beperking zou moeten worden verstaan, dan doet dit geval zich toch niet voor én omdat Altena geen bonus heeft gekregen én omdat daarop geen vooruitzicht meer bestaat na de beëindiging door Altena bij haar brief van 22 oktober 2009 van alle overeenkomsten.”

Volgens het onderdeel is onjuist dat tussen Saerocco Yachts en Altena een bewaarnemingsovereenkomst tot stand is gekomen. De klacht is dat vaststaat dat [betrokkene 1] heeft toegestaan dat de Femina op de werf van Altena werd gestald met de bedoeling dat Altena de Femina kosteloos ter beschikking kreeg voor beurzen en/of promotiedoeleinden. In dat gegeven ligt besloten dat [betrokkene 1] heeft toegestaan dat de Femina op de werf van Altena gestald werd in het belang van Altena. Voor bewaarneming in de zin van art. 7:600 e.v. BW is vereist dat de bewaargever de betreffende zaak aan de bewaarnemer “toevertrouwt”. Een dergelijk toevertrouwen veronderstelt dat de bewaarnemer zich in het belang van de bewaargever over de betreffende zaak ontfemt. Aan dat vereiste is hier volgens het onderdeel niet voldaan. Een ter beschikking stellen als hier aan de orde is volgens de klacht doorgaans bruikbaar.

3.3 De klachten van onderdeel 1(a) zijn niet terecht. Het onderdeel gaat al niet op omdat – anders dan aangevoerd – in het oordeel van het hof niet besloten ligt dat de Femina “in het belang van Altena” op de werf van Altena werd gestald. Verder gaat onderdeel 1(a) volgens mij uit van een onjuiste rechtsopvatting. Bewaarneming is de overeenkomst waarbij de ene partij, de bewaarnemer, zich tegenover de andere partij, de bewaargever, verbindt een zaak die de bewaargever hem toevertrouwt of zal toevertrouwen te bewaren en terug te geven (art. 7:600 BW). Voor kwalificatie als bewaarneming geldt niet een additioneel vereiste dat partijen met het bewaren van de zaak uitsluitend of primair de belangen van de bewaargever voor ogen moeten hebben en niet de belangen van de bewaarnemer⁸. Voor het aannemen van een dergelijk vereiste zie ik ook geen grond. Onderdeel 1(a) verwijst daarvoor ten onrechte naar Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 392. Op die plaats wordt in de Toelichting-Meijers namelijk ingegaan op de verschillen tussen verbruiklening en bewaarneming. Toegelicht wordt dat voor de geldigheid van een overeenkomst van bewaarneming zelfs niet vereist is dat de bewaargever zich verbindt tot het daadwerkelijk toevertrouwen van de zaak aan de bewaarnemer (zoals onder de oude wet wel werd verlangd en zoals dat bij verbruiklening is vereist). Ter verduidelijking: van bewaarneming is dus al sprake als iemand krachtens overeenkomst de bevoegdheid heeft om

991

6 De reguliere cassatietermijn eindigde op maandag 21 april 2014 (tweede paasdag). De cassatietermijn is daarom volgens art. 1 lid 1 jo art. 3 lid 1 Algemene termijnenwet met één dag verlengd tot dinsdag 22 april 2014.

7 In rov. 4.5 geeft het hof aan dat principale grief III is gericht tegen de door de rb. aan de overeenkomst en contractuele verhoudingen gegeven kwalificaties en grief IV tegen de aangenomen verplichting tot vergoeding van liggeld bij einde overeenkomst.

8 Zoals niet inzichtelijk/steekhoudend gemotiveerd wordt bepleit door bijv. De Boer, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, art. 7:603 BW, aant. 2. Dat levert strijd op met art. 7:603 lid 1 BW: geoorloofd gebruik door de bewaarnemer hoeft niet per se (alleen) in het belang van de bewaargever te zijn, aldus m.i. terecht Asser/Van Schaik 7-VIII* 2012/14. Het gebruik moet niet gaan overheersen en of daar sprake van is, is een kwestie van uitleg in het licht van de omstandigheden van het geval. En er is hier geen sprake van dat het schip alleen in het belang van Altena bij haar werd gestald.

de zaak in de macht van een ander te brengen en door deze te laten bewaren. In de sleutel van dit verschil moet dan de opmerking gelezen worden in de TM dat het bij bewaarneming niet het belang van de bewaarnemer is dat vraagt dat de zaak aan hem wordt toevertrouwd en er voor dit toevertrouwen slechts plaats is voor zover het belang van de bewaargever dit toevertrouwen meebrengt. Door het sluiten van de overeenkomst van bewaarneming krijgt de bewaargever de bevoegdheid de zaak die daarvan het voorwerp is onder de hoede van de bewaarnemer te plaatsen, maar hij moet vrij blijven om van die bevoegdheid geen gebruik te maken, tenzij hij zich tot toevertrouwing heeft verbonden. Een dergelijke verbintenis (tot toevertrouwing van de zaak) mag niet worden verondersteld, want zij is voor de overeenkomst van bewaarneming niet essentieel, aldus nog steeds de Toelichting-Meijers. Deze toelichting biedt daarmee geen steun voor de door het onderdeel verdedigde opvatting dat van een overeenkomst van bewaarneming uitsluitend sprake kan zijn als de bewaarnemer zich “in het belang van de bewaargever” over de betreffende zaak ontfermt.⁹ Daarop strandt deze rechtsklacht. Ook art. 7:603 lid 1 BW wijst niet in de door het onderdeel bepleite richting (bevoegdheid tot gebruik bewaarnemer alleen bij toestemming bewaargever of als dat nodig is om in conditie te houden)¹⁰.

3.4 Onderdeel 1(b) is louter voortbouwend op onderdeel 1(a) en faalt daarom ook. De klacht is dat nu geen sprake is van bewaarneming er ook geen bewaarloon is verschuldigd en het hof ten onrechte op die grondslag Altena's vorderingen heeft toegewezen. Daarmee zijn volgens dit onderdeel ook de rov. 4.12-4.18, die uitgaan van een overeenkomst van bewaarneming, aangetaast.

3.5 Onderdeel 1(c) is eigenlijk ook voortbouwend en klaagt dat het oordeel in rov. 4.6 in elk geval onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere motivering valt niet in te zien dat de Femina met het oog op de belangen van Searocco Yachts op de werf van Altena is gesteld, zoals voor het aannemen van een overeenkomst van bewaarneming is vereist, zo luidt de klacht. Te minder nu Saerocco Yachts c.s. onderbouwd hebben gesteld dat Altena de Femina kosteloos ter beschikking kreeg voor promotiedoeleinden en om te kunnen verkopen en Saerocco Yachts c.s. in dat verband hebben gesteld dat als ervoor betaald zou moeten worden er wel een ligplaats in de buurt van (de uiteindelijk bestuurder van) Saerocco Yachts c.s. zou zijn gekozen.

3.6 Ik acht ook dit niet opgaan. Het strandt er al op dat anders dan het onderdeel aanvoert voor het aannemen van bewaarneming niet vereist dat de zaak met het oog op de belangen van de bewaargever aan de bewaarnemer is toevertrouwd, zoals we zagen bij de bespreking van onderdeel 1(a). Een dergelijke vaststelling ligt naar ik meen ook niet in het oordeel van het hof besloten. Bovendien is de betreffende onderbouwing alleen in mva incidenteel onder 28 terug te vinden, een meer terloopse stelling die niet in de andere genoemde vindplaatsen is terug te vinden¹¹, een niet nader onderbouwde stelling ingebed in

een feitenverhaal los van bespreking van de incidentele grief, die niet als essentieel valt aan te merken en die het hof kon passeren.

weigeren productie bij pleidooi

3.7 Onderdeel 2(a) keert zich tegen de weigering van productie 22 van Searocco Yachts c.s. (in rov. 4.7, 5.1 en het dictum van het hofarrest), kort gezegd omdat tegen overlegging daarvan bij pleidooi door Altena terecht bezwaar is gemaakt, nu deze te laat en te omvangrijk was. Ik geef voor de context en leesbaarheid rov. 4.7 eerst weer:

“4.7 Deze beëindiging was terecht op grond van het navolgende. De kantonrechter te Breda heeft bij vonnis van 16 november 2011 tussen [A] en Altena geoordeeld dat fouten van [A], bestaande in de niet-overdracht van de Massalino¹² en haar onvoldoende inspanningen om Altena te vrijwaren van de nadelige gevolgen van het beslag, een onvoorziene omstandigheid opleveren die niet voor rekening van Altena komt en van zodanige aard is dat [A] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de instandhouding van de overeenkomst van 15 juni 2007 mag verwachten. Dit vonnis heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bekrachtigd bij arrest van 5 februari 2013, dat in kracht van gewijsde is gegaan. Het beroep van Altena jegens Saerocco Yachts c.s. op gezag van gewijsde gaat echter niet op omdat Saerocco Yachts c.s. daarbij geen partij zijn geweest (zie artikel 236 Rv). Tegen het oordeel in deze gerechtelijke uitspraken dat de fouten van [A] een onvoorziene omstandigheid opleveren die niet voor rekening van Altena komt en van zodanige aard is dat [A] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de instandhouding van de overeenkomst van 15 juni 2007 mag verwachten, hebben Saerocco Yachts c.s. bij pleitnota in hoger beroep aangevoerd dat Altena en haar bestuurders jegens hen onrechtmatig hebben gehandeld door de Femina en de Massalino zeer slecht te bouwen en samen te spannen met [betrokkene 2] om het beslag op de Femina te leggen. Daartoe hebben zij zich beroepen op de door hen op 20 juni 2013 ingezonden productie 22: een dagvaarding van hen tezamen met [A] van 4 juni 2013 tegen Altena, diverse verwante vennootschappen en haar directeuren [B]. Deze dagvaarding telt 35 pagina's dicht getypte tekst. Terecht heeft Altena tegen deze nieuwe, gelet op haar omvang te laat ingezonden, productie bezwaar gemaakt. Vanwege haar omvang was dit document niet kort en eenvoudig te doorgronden en evenmin na overleg met cliënte te weerspreken. Daarom wordt deze productie alsnog geweigerd.

Als gevolg hiervan hebben Saerocco Yachts c.s. de in voormeld vonnis en arrest aanwezig geoordeelde oorzaak voor de beëindiging door Altena van al haar contractuele relaties met de Polakvennootschappen, waaronder Saerocco Yachts c.s. onvoldoende gemotiveerd weersproken, zodat het hof zich op dit punt tussen deze partijen aansluit bij het arrest van het hof 's-Hertogenbosch.”

Geklaagd wordt dat deze weigering in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor uit onder meer art. 6 EVRM. Hierdoor is Searocco Yachts c.s. ten onrechte de mogelijkheid ontnomen om toereikend te reageren op het standpunt van Altena dat Altena volgens het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 5 februari 2013 (door Altena ook pas rijkelijk laat, nl. ruim vier en een halve maand na datum arrest en één dag voor de geweigerde productie 22 van de andere kant op 19 juni 2013 overgelegd) op goede gronden alle relaties met [betrokkene 1] en diens vennootschappen heeft verbroken. Het hof let enerzijds wel op het

9 Zie over deze passage uit de parlementaire geschiedenis bijv. ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/4. Vgl. in dit verband verder onder meer Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/14 en M.B. de Boer, GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:603 BW, aant. 2 (2013).

10 Nogmaals: in gelijke zin Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/14: “De bewaarnemer kan het gebruik van de zaak uitdrukkelijk of stilzwijgend toestaan. Het geoorloofde gebruik moet niet per se in het belang van de bewaarnemer strekken (anders Pitlo/Croes e.a., Bijzondere overeenkomsten, p. 296); het tegendeel volgt (a contrario) uit het slot van art. 7:603 lid 1 BW.”

11 Genoemd worden cva 23 en 25, antwoordakte 11 jan. 2012 9-11, mvg 48, 49, 56 en 82 en mva inc. 28.

12 Een eerder door Altena afgebouwd Saerocco jacht afkomstig van door [betrokkene 1] gecontroleerde vennootschappen.

daags eerder overgelegde Bossche hofarrest en neemt de portee daarvan over (Altena heeft terecht alle contractuele relaties met [betrokkene 1] en zijn vennootschappen verbroken), maar laat anderzijds niet de daartegen gerichte productie 22 toe, zo voeren Saerocco c.s. aan.

3.8 Althans is deze weigering volgens onderdeel 2(b) ontoereikend gemotiveerd. Productie 22 is in het geding gebracht binnen de reglementaire termijn van twee weken voor pleidooi. De betreffende dagvaarding was bovendien al op 4 juni 2013 aan Altena betekend (in het kader van een andere procedure), zodat Altena de dagvaarding al een maand voor pleidooi (op 4 juli 2013) kende. Enkele verwijzing naar de omvang van 35 pagina's vormt dan geen toereikende motivering voor deze weigering, aldus de klacht. De beslissing en het daaruit voortvloeiende oordeel dat terecht de contracten met [betrokkene 1] en zijn vennootschappen zijn verbroken, kan daarom niet in stand blijven, zo wordt betoogd. Dat geldt ook voor het mede daarop gebaseerde oordeel uit rov. 4.6 dat liggeld c.a. is verschuldigd, aangezien geen vooruitzicht meer bestaat op een verkoopbonus (en voor de daarop voortbouwende beslissingen in rov. 4.12-4.18).

3.9 De klachten van onderdelen 2(a) en 2(b) zijn meen ik tevergeefs. Het hof heeft de productie geweigerd omdat het document gelet op haar omvang te laat ingezonden is, ook al is dat binnen de formele termijn van twee weken voor pleidooi. Dat motiveert het hof met zijn beoordeling dat het stuk niet kort en eenvoudig is te doorgronden en de advocaat van Altena in redelijkheid ook niet de gelegenheid had om het document na overleg met zijn cliënte te weerspreken. Dit is een inschattingsbeoordeling van het hof, sterk verweven met de feiten. Het had ook anders kunnen worden beslist, dat zij toegegeven, maar onjuist of onbegrijpelijk lijkt me dit niet. Een oordeel dat een kort voor pleidooi toegezonden stuk te omvangrijk is om gelet op de goede procesorde toegelaten te worden, is op zich rechtens mogelijk, ook als dat stuk volgens het reglement "formeel" op tijd is. Verder acht ik dat oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, ook niet in het licht van de door onderdeel 2(b) vermelde omstandigheden. Dit zou bij pleidooi in hoger beroep nog eens een heel nieuw chapter uit een andere zaak incorporeren, dat door het hof te complex is geoordeeld om in die fase, bij pleidooi in appel, toe te laten. Daarbij is van belang dat hoofdbeginsel is dat partijen beschikbare producties steeds zo tijdig in moeten brengen dat de wederpartij voldoende gelegenheid heeft om daar adequaat op te reageren.¹³ Twee weken voor zitting is een uiterste termijn¹⁴, maar dat kan te laat zijn. De hoofdmaatstaf heeft het hof hier kennelijk laten prevaleren boven de omstandigheid dat Altena het stuk al uit andere hoofde bekend was en zo'n beslissing is voorbehouden aan de feitenrechter. Dat hoeft niet anders/onjuist of onbegrijpelijk te zijn, wanneer de bevestiging in appel van het al veel eerder in de procedure overgelegde Bredase kantonrechtsoordeel over de rechtmatige verbreking van de contractuele banden met onder meer Saerocco Yachts c.s. door Altena pas daags ervoor is overgelegd, zoals Saerocco Yachts c.s. aandragen. Het valt heel wel te begrijpen dat het hof dat juist vanwege dat eerdere kantonvonnis kennelijk verschillend weegt in dit geval. Ik acht dit ook niet in strijd met de norm uit HR 3 december 2010¹⁵, zoals Saerocco c.s. bij s.t. onder 27 betogen.

3.10 Overigens gaat onderdeel 2(a) er ten onrechte van uit dat zonder die geweigerde productie geen toereikend verweer kan worden gevoerd door Saerocco Yachts c.s. De klacht is immers dat door de weigering van deze productie aan Saerocco Yachts c.s. de mogelijkheid is ontnomen om toereikend te reageren op Altena's standpunt dat Altena volgens het in de geweigerde productie aangevallen Bossche arrest op goede gronden alle relaties met [betrokkene 1] en diens vennootschappen heeft verbroken. Ik zie niet waarom Saerocco Yachts c.s. niet in staat waren daar anders dan door verwijzing naar de geweigerde productie afdoende op te reageren (zeker als je bedenkt dat de rechtbank in onze zaak al had aangesloten bij voornoemd oordeel van de Bredase kantonrechter over de beëindiging). Dat lichten Saerocco Yachts c.s. ook niet inzichtelijk en steekhoudend toe. Ik zie dat te meer niet, nu blijkens het zittingsprocesverbaal bij pleidooi bezwaar is gemaakt tegen overlegging van productie 22, waarop door het hof is aangegeven dat over uiteindelijke toelating of weigering bij arrest zou worden beslist. Er bestond dus een weigeringsrisico, zodat Saerocco Yachts c.s. daar bij pleidooi op hadden kunnen anticiperen door hun verweer zonder verwijzing naar de gewraakte productie handen en voeten te geven. Dat hebben zij (volgens het hof) niet gedaan.

gewoonterecht en bestendig gebruik (elijk beding)

3.11 Onderdeel 3(a) keert zich tegen de passage in rov. 4.8 dat Saerocco Yachts c.s. zich niet beroepen hebben op gewoonterecht dat zou inhouden dat bij verkoopafspraken zoals die met Altena zijn gemaakt geen separate kosten van liggeld etc. in rekening worden gebracht – ook als geen verkoop volgt. De klacht is dat dit oordeel in het licht van de stellingen van Saerocco Yachts c.s. over hun grieven III en IV¹⁶ onbegrijpelijk is. Zij hebben daarin gesteld dat partijen geen bewaarneming hebben bedoeld, Altena zich daar ook niet op heeft beroepen, der partijen overeenkomst als een (niet wettelijke geregelde) consignatieovereenkomst heeft te gelden, waarbij de kosten van "opslag" in de courtagevergoeding zijn begrepen en waarbij bestendig gebruik is dat bij uitblijven van verkoop er geen liggeld betaald hoeft te worden, tenzij anders overeengekomen, waarvan geen sprake is. Dat kan volgens de klacht bezwaarlijk anders worden gezien dan als beroep op gewoonte in de zin van art. 6:248 lid 1 BW in de vorm van het bestendig gebruikelijke beding in de scheepsbranche dat bij uitblijvende verkoop onder consignatie geen vergoeding is verschuldigd. Rov. 4.8 luidt zo: "4.8 Volgens Saerocco Yachts c.s. is het een bestendig gebruikelijk beding dat bij dergelijke verkoopafspraken geen separate kosten van liggeld in rekening worden gebracht, ook als geen verkoop volgt. Van deze, door Altena gemotiveerd bestreden, stelling bieden zij geen bewijs aan door het horen van getuigen of in de vorm van een deskundigenbericht.

Naar het oordeel van het hof kan een bestendig gebruikelijk beding niet afdoen aan die hiervoor besproken verplichtingen, tenzij het zou gaan om door artikel 6:248 lid 1 BW bedoeld gewoonterecht, maar daarop hebben Saerocco Yachts c.s. zich niet beroepen."

3.12 Ook dit zie ik niet slagen. Het oordeel van het hof dat Saerocco Yachts c.s. zich met de stellingen die door het onderdeel worden aangeduid niet beroepen hebben op gewoonterecht in de zin van art. 6:248 lid 1 BW dat zou inhouden dat bij dergelijke verkoopafspraken geen separate kosten van liggeld en zo meer in rekening worden gebracht, is als uitleg van partijhandelingen (dit kwalificeert niet als een beroep op gewoonterecht,

¹³ Zie in dit verband onder meer HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0197, NJ 2010/650, rov. 3.3.1, 3.3.2.

¹⁴ Vgl. art. 2.17 van het destijds geldende Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (versie januari 2013) (Stcrt. 2012, 26605).

¹⁵ ECLI:NL:HR:2010:BO0197, NJ 2010/650, rov. 3.3.2.

¹⁶ Het onderdeel verwijst naar mvg 45, 57 en antwoordakte 9.

maar als beroep op bestendig gebruikelijk beding) niet onbegrijpelijk. Bij s.t. onder 29 voeren Saerocco Yachts c.s. aan dat het hof daarbij een “hard” onderscheid lijkt te maken tussen gewoonterecht en bestendig gebruikelijk beding, waarbij sprake zou zijn van twee verschillende, elkaar niet overlappende rechtsfiguren, hetgeen een onderscheid is dat niet kan worden gemaakt volgens Saerocco Yachts c.s. Ik denk niet dat het hof dat doet. Het onderdeel lijkt er juist van uit te gaan dat een beroep op een bestendig gebruikelijk beding telkens ook opgevat moet worden als een beroep op een overeenkomstige regel van gewoonterecht en die veronderstelling is onjuist.¹⁷ Er is dit belangrijke verschil dat bij contractueel gewoonterecht in de zin van art. 6:248 lid 1 BW sprake is van gelding in de overeenkomst krachtens wettelijke bepaling, dus ongeacht de bedoeling van partijen en bekendheid met de gewoonte. Daar is bij bestendig gebruik geen sprake van. Het hof maakt dit onderscheid ook door te overwegen dat een beweerdelijk bestendig gebruik om geen kosten te berekenen niet af kan doen aan de aangenomen verplichting loon in de vorm van liggeld etc. te betalen, tenzij sprake zou zijn van gewoonterecht in de zin van art. 6:248 lid 1 BW, maar in die sleutel is dat niet geplaast door Saerocco c.s. volgens het hof.

3.13 Tegen dat laatste richt zich onderdeel 3(b). Het voert aan dat het hof in rov. 4.8 ten onrechte oordeelt dat een bestendig gebruikelijk beding niet kan afdoen aan een kostenbetalingsverplichting voor de Femina, tenzij het zou gaan om gewoonte-recht uit art. 6:248 lid 1 BW. In het midden latend of sprake is van zulk gewoonterecht en of Saerocco Yachts c.s. zich daarop hebben beroepen, is volgens dit onderdeel voor de vraag wat partijen op grond van de Haviltex-maatstaf mochten verwachten van belang dat een consignatieafpraak als in deze zaak volgens bestendig gebruik in de scheepsbranche zo wordt uitgelegd dat bij uitblijvende verkoop geen liggeld etc. hoeft te worden betaald. De klacht vervolgt dan dat dit in het bijzonder van belang is bij de uitleg van de overeenkomst van 15 juni 2007 en of daarin een leemte zat die moest worden aangevuld, of dat was bedoeld dat alleen provisie was verschuldigd als Altena de Femina zou verkopen. Volgens de klacht kan “het bestaan van een bestendig gebruik c.q. gewoonte” wel degelijk afdoen aan de verplichting kosten als door Altena gevorderd te betalen, ook als het niet gaat om gewoonterecht in de zin van art. 6:248 lid 1 BW.

3.14 De klachten van onderdeel 3(b) lijken mij te berusten op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft in rov. 4.8 kennelijk geoordeeld dat ook wanneer sprake zou zijn van een bestendig gebruikelijk beding zoals door Saerocco Yachts c.s. gesteld, toepassing van, kort gezegd, het Haviltex-criterium tot de slotsom leidt dat Saerocco Yachts c.s. op grond van der partijen overeenkomst verplicht zijn tot betaling van liggeld etc., tenzij sprake zou zijn van gewoonterecht, maar dat is niet zo gesteld door Saerocco Yachts, zo zagen we bij onderdeel 3(a) al. Omdat ik er niet meer in kan zien, moet het onderdeel volgens mij falen bij gebrek aan feitelijke grondslag in het bestreden arrest.

consignatie en bewaarneming

3.15 Onderdeel 4(a) klaagt dat het hof in rov. 4.9 ten onrechte heeft aangenomen dat een consignatieovereenkomst klaar-blijkelijk steeds ook kwalificeert als bewaarneming in de zin van titel 9 van boek 7 BW. Dat is volgens de klacht onjuist, omdat de onbenoemde consignatieovereenkomst geen vastomlijnde in-

houd heeft. Anders dan geoordeeld zijn er wel degelijk consignatieovereenkomsten die niet kwalificeren als bewaarneming, bijvoorbeeld omdat, gelijk in onze zaak, niet is voldaan aan het toevertrouwingsvereiste in het belang van de consignatiegever, zo vervolgt de klacht. Rov. 4.9 luidt als volgt:

“4.9 Saerocco Yachts c.s. hebben nog aangevoerd dat het hier gaat om een consignatieovereenkomst, waarin de kosten van opslag in de courtagevergoeding zijn begrepen. Altena heeft een en ander gemotiveerd betwist.

Naar het oordeel van het hof valt consignatie onder bewaarneming, waarop Titel 9 van Boek 7 van het BW van toepassing is. Grief III en het desbetreffende deel van grief IV in het principaal appel worden verworpen.”

3.16 Onderdeel 4(b) klaagt dat het in rov. 4.9 gegeven oordeel in elk geval onvoldoende is gemotiveerd. Het onderdeel stelt dat de overweging van het hof dat consignatie valt onder bewaarneming en dat daarop titel 9 van boek 7 BW van toepassing is, geen enkel inzicht geeft in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan de verwerping van het betoog van Saerocco Yachts c.s. dat de rechtsverhouding tussen Altena en [betrokkene 1] ter zake van de Femina een consignatieovereenkomst is en dat de kosten van opslag in de courtagevergoeding begrepen zijn.

3.17 Onderdelen 4(a) en 4(b) worden denk ik ook tevergeefs voorgesteld. Een consignatieovereenkomst is een onbenoemde overeenkomst. De vraag wat een dergelijke overeenkomst inhoudt, kan niet in algemene zin beantwoord worden. Aan de overweging van het hof dat consignatie onder bewaarneming valt, kan om die reden geen verdere strekking toegekend worden dan dat het hof meent dat ook indien en voor zover de overeenkomst met Altena aangemerkt zou moeten worden als een consignatieovereenkomst, deze overeenkomst hier blijft kwalificeren als een overeenkomst van bewaarneming in de zin van titel 9 van boek 7 BW¹⁸. Verder merk ik op dat het hof in rov. 4.6 gemotiveerd heeft waarom de stelling dat de kosten van “opslag” in de courtagevergoeding begrepen zijn, verworpen wordt. Deze motivering wordt door deze klachten niet bestreden. Daar lopen de klachten van onderdelen 4(a) en 4(b) volgens mij op stuk. Voor zover onderdeel 4(a) voortborduurde op de al in onderdeel 1(a) aangedragen, maar in mijn optiek onjuiste gedachte dat als additioneel vereiste voor bewaarneming geldt dat met het bewaren uitsluitend of primair de belangen van de bewaargever moeten worden gediend, faalt het ook op die grond.

3.18 Slotsom is dat de in het principale cassatieberoep aangedragen klachten geen doel treffen.

voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.19 De voorwaarde waaronder incidenteel cassatieberoep is ingesteld (het principaal beroep leidt tot vernietiging) wordt volgens mij niet vervuld en ik zou bespreking van het incidenteel beroep achterwege kunnen laten. Voor het geval Uw Raad daar anders over oordeelt, ga ik toch kort in op de klachten van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

bemiddelingsopdracht door wie?

3.20 Onderdeel 1 klaagt dat het hof onder meer in rov. 4.6, 4.15 en 3.6 ten onrechte heeft aangenomen dat de bemiddelingsopdracht voor de verkoop van de Femina alleen door [A] aan Altena is verstrekt. Dat is ook door Saerocco Yachts gedaan, zodat

17 Zie over het onderscheid tussen bestendig gebruikelijke bedingen en gewoonterecht ex art. 6:248 lid 1 BW onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/382-384 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2005/82.

18 Overigens omvat een consignatieovereenkomst doorgaans bewaarnemings-elementen, aldus Betrams, Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten, II.9.4 en is het niet zo dat bij consignatie altijd opslagkosten in de courtagevergoeding begrepen zijn, zo volgt uit Asser/Van Schaick 7-III* 2012/57.

dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is. Het onderdeel klaagt verder dat het hof in rov. 3.6 ten onrechte heeft aangenomen dat Altena de inbraak in de Femina gemeld heeft aan [A], want die is gemeld aan Searocco Yachts. Deze vaststelling van het hof is daarom eveneens onjuist, althans onbegrijpelijk.

3.21 De klachten van onderdeel 1 missen volgens mij belang. De vorderingen die Altena tegen Searocco Yachts c.s. heeft ingesteld, zijn gegrond op bewaarneming tussen Altena en Searocco Yachts c.s. (vgl. rov. 4.3, waarvan de strekking hiervoor is vermeld in 2.2). Niet is in te zien welk belang Altena nu zou hebben bij de vaststelling dat de bemiddelingsopdracht voor de verkoop van de Femina ook verstrekt is door Searocco Yachts. Een dergelijk belang bestaat volgens mij ook niet bij de vaststelling dat Altena de inbraak in de Femina niet gemeld heeft aan [A] maar aan Searocco Yachts. Overigens is de vaststelling van het hof dat Altena de inbraak in de Femina en de daarbij aangebrachte vernielingen gemeld heeft aan [A] (uit rov. 3.6), als zodanig ook niet onverenigbaar met de vaststelling dat Altena de schriftelijke aangifte van de inbraak bij brief van 7 april 2008 opgestuurd heeft naar Searocco Yachts (vgl. rov. 4.15).

potdeksel

3.22 Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.17) dat de rechtbank de post wegens het potdeksel terecht heeft afgewezen (het “potdeksel” is de (houten) reling op de dekken van een schip; zie rov. 4.16). Het hof heeft in rov. 4.17 geoordeeld dat het gevorderde bedrag van € 5872,- voor reparatiekosten potdeksel niet toewijsbaar is. Volgens het onderdeel had het hof echter moeten onderzoeken of de vordering voor een lager bedrag toewijsbaar was.

3.23 Ik acht ook deze klacht tevergeefs. In beginsel moet worden aangenomen dat in de overweging van het hof (in rov. 4.17) dat Altena heeft nagelaten om “subsidiar” vergoeding te vorderen op basis van werkzaamheden aan het potdeksel volgens de eenvoudige methode, besloten ligt dat de stellingen van Altena onvoldoende aanknopingspunten bevatten om op dit punt te komen tot een toewijzing van een lager bedrag dan is gevorderd. Het onderdeel doet geen beroep op passages uit de gedingstukken waaruit zou blijken dat dit oordeel onjuist is of dat dit oordeel nader gemotiveerd had dienen te worden. Ook voor het overige biedt het onderdeel geen grond voor de vaststelling dat het oordeel van het hof op dit punt tekortschiet.

3.24 De klachten in het incidentele cassatieberoep zijn dan ook ongegrond.

4 Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- de vonnissen in de zaak 204525 / HA ZA 10-1624 van de rechtbank Arnhem van 27 oktober 2010 en 7 maart 2012;
- het arrest in de zaak 200.104.541 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 21 januari 2014.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben Searocco Yachts c.s. beroep in cassatie ingesteld. Altena heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens

houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Altena heeft in het principale cassatieberoep geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring, althans tot verwerping van het cassatieberoep en in het voorwaardelijk incidentele beroep tot vernietiging van het bestreden arrest. Searocco Yachts c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Searocco Yachts c.s. mede door mr. J.W. de Jong.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursesem strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van Searocco Yachts c.s. heeft bij brief van 1 mei 2015 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1 – 1.9 vermelde feiten. Kort samengevat komen deze op het volgende neer.

(i) Altena heeft in 2005/2006 in opdracht van Searocco Yachts een zeewaardig motorschip van het type Searocco 1500 (de Searocco 6) afgebouwd. Dit schip kreeg de naam Femina. De Femina is in augustus 2006 aan Searocco Yachts opgeleverd.

(ii) Op 13 september 2006 is de Femina voor beurspresentaties op transport gezet naar Port Napoleon aan de Middellandse Zee. Het schip is in Barcelona en in Genua op beurzen gepresenteerd. In het voorjaar van 2007 heeft de (indirect) directeur van Searocco Yachts, [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), het schip teruggevaren naar Nederland, alwaar het op 20 juni 2007 is teruggekomen in de haven van Altena. Daarna heeft Altena nog werkzaamheden aan de Femina verricht.

(iii) [betrokkene 1] heeft in zijn hoedanigheid van directeur van [A] B.V. (hierna: [A]) bij schriftelijke overeenkomst van 15 juni 2007 voor de duur van drie jaar aan

Altena het exclusieve recht verleend om tegen een (licentie)vergoeding jachten van het type Searocco (af) te bouwen en te verkopen. Art. 6 van deze overeenkomst luidt:

“6. Het staat [betrokkene 1] vrij om de thans nog in aanbouw zijnde Searocco 2000, alsmede de complete Searocco 1500 [Hoge Raad: de Femina] af te bouwen en te verkopen.

Wel zal [betrokkene 1], zolang voormelde jachten niet verkocht zijn, deze kosteloos ter beschikking stellen voor beurzen en/of promotiedoeleinden.”

(iv) Op 9 juli 2007 heeft [betrokkene 1] namens Searocco Yachts een e-mail gestuurd aan Altena, waarin een bonusregeling voor Altena bij verkoop van de Femina is opgenomen.

De Femina is bij Altena blijven liggen. Er zijn wel één of twee belangstellenden voor het schip geweest, maar tot een verkoop is het niet gekomen.

(v) Nadat een zekere [betrokkene 2] op 28 augustus 2009 ten laste van Restant Verkoop, een andere vennootschap van [betrokkene 1], onder Altena conservatoir scheepsbeslag had gelegd op het (reeds geruime tijd daarvoor door Restant Verkoop aan Altena verkochte) schip de Masalino (ook een Searocco), is Altena met dat schip naar de Hiswa gevaren. Op de Hiswa heeft de aangestelde gerechtelijk bewaarder de door Altena tentoongestelde Masalino op 4 september 2009 ten overstaan van het publiek afgevoerd. Restant Verkoop bleek de Masalino niet bij notariële akte aan Altena in eigendom te hebben overgedragen. Dit een en ander heeft voor Altena tot een vertrouwensbreuk met [betrokkene 1] geleid.

(vi) Bij brief van 22 oktober 2009 aan [betrokkene 1] heeft Altena wegens het incident op de Hiswa alle contracten met [betrokkene 1], met [A] en met Searocco Yachts geannuleerd en aan [betrokkene 1] verzocht om, na betaling van de kort daarvoor ver-

zonden factuur voor stallings- en onderhoudskosten, de Femina op te halen.

(vii) Bij brief van 14 februari 2010 heeft de advocaat van Searocco Yachts aan Altena bericht dat Searocco Yachts de Femina in 2007 heeft verkocht en geleverd aan Restant Verkoop. De Femina is nadien, onder (hernieuwd) conservatoir beslag van Altena van 7 januari 2011, bij Altena blijven liggen.

3.2.1 In dit geding vordert Altena veroordeling van Searocco Yachts tot betaling van bedragen ter zake van stalling/liggeld over de periode vanaf 20 juni 2007, reparatiewerkzaamheden en noodzakelijk onderhoud, en een verklaring voor recht dat Restant Verkoop jegens Altena aansprakelijk is voor de kosten van ligplaats, walstroom en milieuheffing vanaf 15 februari 2010.

3.2.2 De rechtbank heeft de vordering jegens Searocco Yachts tot een bedrag van € 28.897,50 (met rente) toegewezen, alsmede de jegens Restant Verkoop gevorderde verklaring voor recht.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd, en daartoe als volgt overwogen.

“4.6 Een feit is dat [betrokkene 1], bestuurder van zowel Searocco Yachts, de eigenaresse van de Femina, als van [A], minst genomen heeft toegelaten dat haar schip de Femina op de werf van Altena werd gelegd/gestald, blijkens de overeenkomst van 15 juni 2007 met de bedoeling dat [A] de Femina, zolang zij nog niet was verkocht, kosteloos ter beschikking stelde voor beurzen en/of promotiedoeleinden. Dit past in de e-mail van 9 juli 2007 van Searocco Yachts aan Altena, waaruit blijkt dat zij met Altena een bonus was overeengekomen voor het geval Altena de Femina voor haar zou verkopen. Aldus bevindt Altena zich met betrekking tot de Femina in twee onderling nauw samenhangende rechtsverhoudingen met enerzijds [A] en anderzijds Searocco Yachts, beide bestuurd door [betrokkene 1].

Onder deze omstandigheden mocht Altena er redelijkerwijs op vertrouwen dat Searocco Yachts haar de Femina in bewaring gaf voor de haar door [A] onder een bonusregeling verstrekte bemiddelingsopdracht. Nu de overeenkomst door de bewaarner (Altena) in de uitoefening van haar bedrijf is aangegaan, is de bewaargever (Searocco Yachts) haar ingevolge artikel 7:601 lid 1 BW in beginsel loon verschuldigd (hier: liggeld). Het bestaan van de bonusregeling in het kader van de door [A] verstrekte bemiddelingsopdracht sluit dit niet zonder meer uit, temeer nu daarbij niet (met zoveel woorden) uitsluiting van loon c.q. liggeld is bedongen, laat staan voor het geval geen verkoop [tot] stand zou komen.

Searocco Yachts heeft aangevoerd dat [A] de Femina voor beurzen en/of promotiedoeleinden kosteloos aan Altena ter beschikking heeft gesteld. Een kosteloze terbeschikkingstelling betekent echter naar algemeen spraakgebruik dat degene die een zaak aan een ander ter beschikking stelt aan deze laatste geen kosten in rekening brengt, maar niet het omgekeerde, namelijk dat degene aan wie de zaak ter beschikking is gesteld, geen kosten aan zijn wederpartij in rekening zou mogen brengen. Altena behoefde er dan ook in redelijkheid niet op bedacht te zijn dat [A] met deze formulering van artikel 6 in de overeenkomst van 15 juni 2007 beoogde voor zichzelf en voor Searocco Yachts het omgekeerde overeen te komen, namelijk dat aan haar geen kosten in rekening zouden worden gebracht.

Ter comparitie is namens Altena verklaard dat de afgesproken bonus aanzienlijk hoger was dan de normale provisie in deze markt en dat zij, zo zij deze bonus zou hebben gekregen, niet nog afzonderlijk rekeningen aan de scheepseigenaar zou hebben gestuurd voor de stalling, het gebruikelijke onderhoud en de extra kosten. Indien deze mededeling al als een weergave van een contractuele beperking zou moeten worden verstaan,

dan doet dit geval zich toch niet voor én omdat Altena geen bonus heeft gekregen én omdat daarop geen vooruitzicht meer bestaat na de beëindiging door Altena bij haar brief van 22 oktober 2009 van alle overeenkomsten.

4.7 Deze beëindiging was terecht op grond van het navolgende. De kantonrechter te Breda heeft bij vonnis van 16 november 2011 tussen [A] en Altena geoordeeld dat fouten van [A], bestaande in de niet-overdracht van de Masalino en haar onvoldoende inspanningen om Altena te vrijwaren van de nadelige gevolgen van het beslag, een onvoorziene omstandigheid opleveren die niet voor rekening van Altena komt en van zodanige aard is dat [A] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de instandhouding van de overeenkomst van 15 juni 2007 mag verwachten. Dit vonnis heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bekrachtigd bij arrest van 5 februari 2013, dat in kracht van gewijsde is gegaan. Het beroep van Altena jegens Searocco Yachts c.s. op gezag van gewijsde gaat echter niet op omdat Searocco Yachts c.s. daarbij geen partij zijn geweest (zie artikel 236 Rv). Tegen het oordeel in deze gerechtelijke uitspraken dat de fouten van [A] een onvoorziene omstandigheid opleveren die niet voor rekening van Altena komt en van zodanige aard is dat [A] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de instandhouding van de overeenkomst van 15 juni 2007 mag verwachten, hebben Searocco Yachts c.s. bij pleitnota in hoger beroep aangevoerd dat Altena en haar bestuurders jegens hen onrechtmatig hebben gehandeld door de Femina en de Masalino zeer slecht te bouwen en samen te spannen met [betrokkene 2] om het beslag op de Femina te leggen. Daartoe hebben zij zich beroepen op de door hen op 20 juni 2013 ingezonden productie 22: een dagvaarding van hen tezamen met [A] van 4 juni 2013 tegen Altena, diverse verwante vennootschappen en haar directeurs Pols. Deze dagvaarding telt 35 pagina's dicht getypte tekst. Terecht heeft Altena tegen deze nieuwe, gelet op haar omvang te laat ingezonden, productie bezwaar gemaakt. Vanwege haar omvang was dit document niet kort en eenvoudig te doorgronden en evenmin na overleg met cliënte te weerspreken. Daarom wordt deze productie alsnog geweigerd. Als gevolg hiervan hebben Searocco Yachts c.s. de in voormeld vonnis en arrest aanwezig geoordeelde oorzaak voor de beëindiging door Altena van al haar contractuele relaties met de Polakvennootschappen, waaronder Searocco Yachts c.s. onvoldoende gemotiveerd weersproken, zodat het hof zich op dit punt tussen deze partijen aansluit bij het arrest van het hof 's-Hertogenbosch.”

3.3.1 Onderdeel 1 van het middel bestrijdt het oordeel in rov. 4.6 dat Searocco Yachts de Femina aan Altena in bewaring heeft gegeven. Dat oordeel is volgens het onderdeel onjuist, omdat voor bewaarneming is vereist dat de bewaargever de zaak aan de bewaarner “toevertrouwt”, wat inhoudt dat de bewaarner zich over de hem toevertrouwde zaak ontfermt in het belang van de bewaargever. Nu de Femina op de werf van Altena werd gestald met de bedoeling dat zij het schip kosteloos ter beschikking kreeg voor beurzen en promotiedoeleinden, is dat in haar belang geschied. Althans heeft het hof volgens het onderdeel ontoereikend gemotiveerd dat, zoals voor het aannemen van een bewaarnemingsovereenkomst is vereist, de Femina met het oog op de belangen van Searocco Yachts op de werf van Altena is gestald.

3.3.2 Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat kenmerk van de overeenkomst van bewaarneming is dat de bewaarneming geschiedt in het belang van de bewaargever. Ook het ingevolge art. 7:603 lid 1 BW toegestane gebruik van de zaak door de bewaarner dat nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen, betreft een gebruik in het belang van de bewaargever.

De enkele omstandigheid dat de zaak tevens in het belang van de bewaarnemer mag worden gebruikt, sluit echter niet uit dat sprake is van bewaarneming. Dat volgt mede uit art. 7:603 lid 1 BW, dat immers – naast het geval dat gebruik van de zaak door de bewaarnemer nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen – de mogelijkheid erkent dat de bewaargever toestemming geeft voor gebruik van de zaak door de bewaarnemer. Aan die mogelijkheid is niet de restrictie verbonden dat het toegestane gebruik slechts het belang van de bewaargever mag dienen.

Het voorgaande stemt overeen met de regels van samenloop. Die brengen immers mee dat op een overeenkomst die zowel voldoet aan de omschrijving van bewaarneming (met als kenmerk dat deze geschiedt in het belang van de bewaargever) als – bijvoorbeeld – aan die van bruikleen (waarbij de bruiklenner de zaak, binnen de grenzen van art. 7A:1781 BW, in zijn eigen belang mag gebruiken), in beginsel de voor elk van die beide overeenkomsten gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing zijn (vgl. art. 6:215 BW, ook voor uitzonderingen op die regel). Of een overeenkomst in een concreet geval (mede) kan worden aangemerkt als een overeenkomst van bewaarneming, is voorts afhankelijk van uitleg van de rechtshandeling in het licht van alle omstandigheden van het geval aan de hand van de Haviltexmaatstaf, te beoordelen met inachtneming van de hiervoor vermelde wettelijke regels.

3.3.3 Het hof heeft het vorenstaande niet miskend.

Het heeft tot uitgangspunt genomen dat de tussen partijen gesloten contracten (hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv) vermeld) – waaronder de bonusregeling, die mede voorzorg in een vergoeding voor Altena ter zake van liggeld en gemaakte onkosten indien de Femina zou worden verkocht – zijn beëindigd vanwege de (gerechtvaardigde) opzegging door Altena van die overeenkomsten. Het heeft voorts in navolging van de rechtbank geoordeeld dat het stallen van de Femina in de haven van Altena, gelet op de omstandigheden van het geval, aangemerkt kan worden als bewaarneming in de zin van art. 7:600 BW, en dat Altena daarom ingevolge art. 7:601 lid 1 BW recht heeft op loon. In dat oordeel ligt besloten dat Altena de Femina mede in het belang van Searocco Yachts op haar werf heeft gestald, nu zij aldus in staat was activiteiten te ontplooiën gericht op de verkoop van het schip ten behoeve van Searocco Yachts. Dat Altena tevens, in haar eigen belang, gerechtigd was het schip kosteloos te gebruiken voor beurzen en promotieactiviteiten, behoefde aan het oordeel van het hof dat sprake is van een bewaarnemingsovereenkomst niet in de weg te staan.

Dat oordeel berust mede op uitleg van de overeenkomst en op waarderingen van feitelijke aard, en behoefde in het licht van hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd geen nadere motivering.

Onderdeel 1 faalt derhalve.

3.4.1 Onderdeel 2 klaagt dat het hof in rov. 4.7 ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, de door Searocco Yachts c.s. als productie in het geding gebrachte dagvaarding van 4 juni 2013 heeft geweigerd. Volgens het onderdeel is hen daarmee, in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor, de mogelijkheid ontnomen om (toereikend) te reageren op het standpunt van Altena dat zij op goede gronden alle relaties met [betrokkene 1] en diens vennootschappen heeft verbroken.

3.4.2 Het standpunt van Altena dat zij op goede gronden alle relaties met [betrokkene 1] en diens vennootschappen heeft verbroken, was reeds in eerste aanleg door de rechtbank onderschreven, waarbij de rechtbank zich had aangesloten bij het oordeel van de kantonrechter in een andere procedure (tussen Altena en [A]). De omstandigheid dat in de loop van het hoger beroep in de onderhavige procedure het vonnis van de kanton-

rechter door het gerechtshof 's-Hertogenbosch was bekrachtigd en het arrest van dat hof in kracht van gewijsde was gegaan, bracht geen wezenlijke wijziging in de stand van zaken in het hoger beroep in de onderhavige procedure. Het lag op de weg van Searocco Yachts c.s. om in hoger beroep op te komen tegen het oordeel van de rechtbank dat het desbetreffende standpunt van Altena juist was, en daartegen het nodige aan te voeren.

Ter bestrijding van het standpunt van Altena en het daarmee overeenstemmende oordeel van de rechtbank, hebben Searocco Yachts c.s. naar de vaststelling van het hof (rov. 4.7) bij pleitnota in hoger beroep betoogd dat Altena en haar bestuurders jegens hen onrechtmatig hebben gehandeld door de Femina en de Masalino zeer slecht te bouwen en samen te spannen met [betrokkene 2] om het beslag op de Femina te leggen. Searocco Yachts c.s. klagen echter niet dat hetgeen ter onderbouwing daarvan in de dagvaarding van 4 juni 2013 was aangevoerd, niet reeds in de memorie van grieven in de onderhavige procedure kon worden aangevoerd. Evenmin bestond een beletsel om de aan hun betoog ten grondslag liggende feiten en omstandigheden in hun pleitnota naar voren te brengen; zij hebben dat overigens ook gedaan, zij het op summier wijze en naar het oordeel van het hof – in zoverre in cassatie niet bestreden – onvoldoende gemotiveerd.

Om deze redenen faalt de aan onderdeel 2 ten grondslag liggende stelling dat Searocco Yachts c.s. door de weigering van de als productie in het geding gebrachte dagvaarding van 4 juni 2013, de mogelijkheid is ontnomen om toereikend te reageren op het standpunt van Altena, en dat het hof daarom in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor heeft gehandeld. Het onderdeel treft derhalve geen doel.

3.5 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.6 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Searocco Yachts c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Altena begroot op € 1991,34 aan verschotten en € 2200,- voor salaris.

NOOT

- In opdracht van Searocco Yachts heeft Altena een zeewaardig schip gebouwd, genaamd Femina (de Searocco 6). Na beurspresentatie is de Femina in het voorjaar van 2007 door de indirect directeur van Searocco Yachts teruggevaren naar Nederland en vanaf 20 juni 2007 gestald in de haven van Altena. Altena heeft nadien nog werkzaamheden aan de Femina verricht.
- In diezelfde periode verleent de directeur van Searocco Yachts (bij overeenkomst van 15 juni 2007) voor de duur van drie jaar aan Altena het exclusieve recht om tegen een (licentie)vergoeding schepen van het type Searocco (af) te bouwen en te verkopen. Zolang de schepen, waaronder de Femina, niet zijn verkocht worden deze kosteloos ter beschikking gesteld aan Altena voor beurzen en promotiedoeleinden.
- Op 9 juli 2007 is Searocco Yachts tevens een bonusregeling overeengekomen met Altena voor het geval dat de Femina wordt verkocht. De Femina is bij Altena blijven liggen.

4. Begin september 2009 is een vertrouwensbreuk tussen Altena en Searocco Yachts opgetreden door een conservatoire beslaglegging op een andere Searocco, de Masalino, tijdens de Hiswa. De op de Hiswa tentoongestelde Masalino is daarbij ten overstaan van het publiek door een gerechtelijk bewaarder afgevoerd. Nadien is de Femina door Searocco Yachts verkocht aan Restant Verkoop (een aan Searocco Yachts gelieerde partij).

5. Bij brief van 22 oktober 2009 heeft Altena vanwege het incident op de Hiswa alle overeenkomsten met Searocco Yachts, Restant Verkoop (hierna: Searocco Yachts c.s.) en hun directeur beëindigd.

6. Kort hierna heeft Altena een factuur gestuurd aan Searocco Yachts voor stallings- en onderhoudskosten. In dit geding vordert Altena vanaf 20 juni 2007 betaling van de stallings- en onderhoudskosten van Searocco Yachts en een verklaring voor recht dat Restant Verkoop aansprakelijk is jegens Altena voor de kosten van ligplaats, walstroom en milieuheffing vanaf 15 februari 2010. De Rechtbank Arnhem heeft de vorderingen van Altena (grotendeels) toegewezen, welk vonnis door het Hof Arnhem-Leeuwarden, bij arrest van 21 januari 2014, is bekrachtigd.

7. Onder verwijzing naar de vorenstaande feiten heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden overwogen dat Altena en Searocco Yachts c.s. tot elkaar zijn komen te staan in twee nauw samenhangende rechtsverhoudingen, namelijk die van bewaarneming (art. 7:600 e.v. BW) en bemiddeling (art. 7:425 e.v. BW). Onder deze omstandigheden mocht Altena er redelijkerwijs op vertrouwen dat Searocco Yachts c.s. haar de Femina in bewaring gaf onder de werking van de bemiddelingsopdracht. Hierdoor is Searocco Yachts c.s. (bewaargevers) ingevolge art. 7:601 lid 1 BW in beginsel loon (lees: stallings- en onderhoudskosten) verschuldigd aan Altena (bewaarnemer). De kosteloze terbeschikkingstelling van de Femina aan Altena en het bestaan van de bonusregeling onder de bemiddelingsovereenkomst maken dit niet anders. Daar komt bij dat Altena door de beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst geen bonus heeft gekregen of zal krijgen, hetgeen de aanspraak op loon rechtvaardigt, aldus het hof (r.o. 3.2.2).

8. De rechtmatigheid van de beëindiging van de overeenkomsten tussen Altena enerzijds en Searocco Yachts c.s. anderzijds is door het Hof Arnhem-Leeuwarden, als onvoldoende gemotiveerd door Altena weersproken, aangenomen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden baseert zich daarbij mede op een uitspraak van 5 februari 2013 van het Hof 's-Hertogenbosch (niet gepubliceerd). Ik kom hier onder randnummers 18-23 nog op terug.

9. In cassatie brengen Searocco Yachts c.s. naar voren dat de Femina in het belang van Altena (kosteloos) aan haar is toevertrouwd teneinde de verkoop en ontvangst van de bonus voor Altena mogelijk te maken. Voor bewaarneming is, aldus de klacht, vereist dat de Femina uitsluitend met het oog op de belangen van Searocco Yachts c.s. in de haven van Altena is gestald.

10. De Hoge Raad overweegt in algemene zin dat bij bewaarneming inderdaad het belang van bewaargever kenmerkend is voor de overeenkomst. Het door bewaarnemer toegestane gebruik van de zaak, dat nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen, geschiedt ook in het belang van bewaargever. Met toestemming van bewaargever mag de zaak breder worden gebruikt (art. 7:603 lid 1 BW). Het enkele feit dat de zaak óók in het belang van bewaarnemer zelf mag worden gebruikt, sluit de kwalificatie als bewaarnemingsovereenkomst derhalve niet uit.

11. Dit brengt met zich dat de rechtsverhouding tussen Altena en Searocco Yachts c.s. aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten voldoet. In het geval van samenloop zijn de voor die soort gegeven bepalingen

in beginsel naast elkaar op de overeenkomst van toepassing (art. 6:215 BW). Het beantwoorden van de vraag of een overeenkomst (mede) kan worden gekwalificeerd als bewaarneming is voorts afhankelijk van de uitleg van de rechtshandeling(en) in het licht van alle omstandigheden van het geval aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Die beoordeling vindt plaats met inachtneming het voorgaande omtrent het belang van bewaargever en bewaarnemer (r.o. 3.3.2).

12. Nu het hof heeft aangenomen dat de bonusregeling vanwege de beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst niet (meer) door Altena kon worden ingeroepen, geldt dat Altena recht heeft op loon uit bewaarneming. Het stallen van de Femina bij Altena geschiedde immers om activiteiten te ontplooiën om tot verkoop van de Femina te komen, zulks mede in het belang van Searocco Yachts c.s. Dat Altena tevens, in haar eigen belang, gerechtigd was de Femina te gebruiken, staat aan het oordeel van het hof dat sprake is van een bewaarnemingsovereenkomst niet in de weg. De klacht van Searocco Yachts c.s. dat van bewaarneming geen sprake is omdat niet uitsluitend in haar belang is gehandeld, vindt geen steun in het recht (r.o. 3.3.3).

13. De toepassing door de Hoge Raad van de Haviltex-maatstaf (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635) bij het kwalificeren van de rechtsverhouding tussen partijen als een bijzondere overeenkomst van bewaarneming, baart geen opzien (A.C. van Schaick, Asser 7-VIII* Bewaarneming, 2012, nr. 5; M.B. de Boer, *GS Bijzondere overeenkomsten*, titel 9 Boek 7 BW, aant. 5; conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostene bij HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:394, randnummer 13 aangaande de vaststellingsovereenkomst). Daar komt bij dat de bewaarneming geheel en al van regelend recht is. Het staat partijen daarom vrij om afwijkende of aanvullende afspraken te maken in het kader van bewaarneming (vgl. A.G. Castermans, H.B. Krans, *T&C Vermogensrecht*, Boek 7 BW, titel 9 Bewaarneming, algemene opmerkingen).

14. De Haviltex-maatstaf biedt de feitenrechter de ruimte om, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, aan de hand van de bedoelingen van partijen na te gaan of de aangegeven rechtsverhouding(en) de strekking heeft dat iemand aan een ander een zaak toevertrouwt of zal toevertrouwen. De bewaarnemer is daarbij verplicht (als hoofdverplichting) om voor de opgeslagen zaak te zorgen en bij beschadiging aansprakelijkheid te dragen (vgl. A.C. van Schaick, Asser 7-VIII* Bewaarneming, 2012, nr. 5; HR 28 november 1997, NJ 1998/706, m.nt. J. Hijma).

15. Nu duidelijk is dat eigen belangen van de bewaarnemer de toepasselijkheid van de bepalingen betreffende de bewaarnemingsovereenkomst niet uitsluiten, zal het bewaren van zaken nog vaker onderdeel uit kunnen gaan maken van meeromvattende rechtsverhoudingen tussen partijen. Dit kan leiden tot toepasselijkheid van art. 6:215 BW in het geval dat binnen één overeenkomst tussen partijen twee of meer hoofdverplichtingen bestaan die beide kunnen worden gekwalificeerd als een bijzondere overeenkomst (ook wel de gemengde overeenkomst genoemd). Alsdan treden de door de Hoge Raad in dit arrest aangehaalde regels van samenloop in werking.

16. Bij samenloop geldt cumulatie als hoofdregel. Dit betekent dat de toepasselijke regels van de bijzondere overeenkomsten naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn. Op die hoofdregel zijn twee belangrijke uitzonderingen: (i) het toepassen van de regels leidt tot tegenstrijdige resultaten en (ii) de aard van de overeenkomst verzet zich tegen cumulatieve toepassing van de regels. De rechter heeft, indien zich een uitzondering voordoet, van de wetgever alle ruimte gekregen om per beslispoint te kiezen welke regel van toepassing zal zijn op de

overeenkomst. Voor analogische toepassing van de hoofdregel van cumulatie en de uitzonderingen daarop is door de wetgever eveneens ruimte gelaten (C.H. Sieburgh, A.S. Hartkamp, *Asser 6-III* 2014, nr. 68 -70; S. Verbeer-Meinhardt, *GSVerbintenissen*, art. 215 Boek 6 BW, aant. 11-13; W.L. Valk, *T&C Vermogensrecht* 2013, art. 6:215 BW).

17. De Hoge Raad overweegt dat het feitelijk oordeel van het hof omtrent de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen Altena en Searocco Yachts c.s. als bewaarneming, met inachtneming van de regels van samenloop, stand kan houden. De door het Hof Arnhem-Leeuwarden aangenomen verschuldigdheid tijdens Searocco Yachts c.s. van de stallings- en onderhoudskosten uit bewaarneming volgt uit dit oordeel.

18. Daarnaast speelt in voorliggend arrest nog de weigering door het Hof Arnhem-Leeuwarden van een tijdig ingediende productie van Searocco Yachts c.s. De productie behelsde een bodemdagvaarding in een andere (net aanhangig gemaakte) procedure, waarin wordt betoogd dat de beëindiging van alle overeenkomsten door Altena niet rechtmatig heeft plaatsgevonden. Searocco Yachts c.s. trachtten met die dagvaarding het door het Hof 's-Hertogenbosch bekrachtigde eerdere vonnis van de kantonrechter te ondermijnen, nu geen gezag van gewijsde toekomt aan die uitspraak in de onderhavige procedure (zie ook mijn noot bij HR 27 juni 2014, «JIN» 2014/158).

19. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft, nadat Altena bezwaar had gemaakt, de inhoud van die dagvaarding buiten beschouwing gelaten. Het hof motiveert deze weigering tot toelating door te overwegen dat de productie, gezien de omvang van 35 pagina's dicht getypte tekst, te laat was ingezonden, en het vanwege die omvang niet kort noch eenvoudig te doorgronden was. Hierdoor heeft de advocaat van Altena onvoldoende gelegenheid gehad om de inhoud van de productie met Altena te bespreken en te weerleggen. Searocco Yachts c.s. richten een klacht tegen de weigering met een beroep op het beginsel van hoor en wederhoor (onder meer art. 6 EVRM).

20. Enige verbazing bij Searocco Yachts c.s. over de weigering van de productie op formele gronden kan ik mij voorstellen. De productie is geweigerd ondanks dat deze is overgelegd binnen de formele termijn van twee weken voor pleidooi (art. 2.17 Lpr.). Bovendien had Altena al eerder kennis genomen van de productie door de betekening van de dagvaarding op 4 juni 2013 (ongeveer een maand voor pleidooi).

21. Bij een conform het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven tijdig ingediende productie zal de rechter daar in beginsel acht op dienen te slaan. Een weigering moet door de rechter worden gemotiveerd op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval, waarvan blijk moet worden gegeven in de uitspraak of het proces-verbaal van de zitting (vgl. HR 3 december 2010, *NJ* 2010/ 650; HR 29 november 2002, *NJ* 2004/172).

22. Van dergelijke bijzondere omstandigheden komt maar weinig tot uiting in de motivering van het Hof Arnhem-Leeuwarden (r.o. 4.7). Er zijn daarnaast ook contra-indicaties (de eerdere betekening van de dagvaarding). Bovendien is twee weken voorbereidingstijd voor een reactie ter gelegenheid van pleidooi op 35 pagina's dagvaarding bepaald niet onhaalbaar te noemen. Op formele gronden was, mijns inziens, toelating van de productie een passender beslissing geweest. Het Hof Arnhem-Leeuwarden had Altena altijd nog in de gelegenheid kunnen stellen om zich bij akte na pleidooi uit te laten over de productie.

23. Mogelijk dat de Hoge Raad de klacht van Searocco Yachts c.s. daarom ook verwerpt op meer inhoudelijke gronden. De Hoge Raad overweegt dat Searocco Yachts c.s. hebben nagelaten bij memorie van grieven in de onderhavige procedure stelling te

nemen tegen de uitspraak van de kantonrechter over de rechtmatige beëindiging van alle overeenkomsten door Altena, terwijl dat wel degelijk mogelijk was. Voorts hadden Searocco Yachts c.s. ter gelegenheid van pleidooi (los van de vraag of dat als tardief moet worden aangemerkt) meer uitgebreid feiten en omstandigheden naar voren kunnen brengen ter ondermijning van het door het Hof 's-Hertogenbosch bekrachtigde vonnis van de kantonrechter. Door te dien aanzien geen grieven te ontwikkelen, slechts summier stelling te nemen bij pleidooi en af te wachten of de productie zou worden geweigerd, hebben Searocco Yachts c.s. zich in de situatie gemanoeuvreed dat het Hof Arnhem-Leeuwarden de rechtmatigheid van de beëindiging als onvoldoende gemotiveerd betwist zou aannemen, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.4.2). Bij deze inhoudelijke beoordeling omtrent de weigering van de productie en de schending van het beginsel van hoor en wederhoor, kan ik mij aansluiten.

G.J. de Bock
TeekensKarstens advocaten notarissen