

**JBPR 2018/49, Hoge Raad, 06-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1097,  
ECLI:NL:PHR:2018:303, 17/01919 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Hoge Raad
<b>Datum uitspraak:</b> 06-07-2018, 30-03-2018
<b>Publicatie:</b> JBPR 2018/49 (Sdu Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht), aflevering 4, 2018
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. drs. B.T.M. van der Wiel en mr. L.V. van Gardingen</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:1097</a> , <a href="#">ECLI:NL:PHR:2018:303</a>
<b>Zaaknummer:</b> 17/01919, 17/01919
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:1097</a></li> <li>• <a href="#">JIN 2018/139 met annotatie van M.A.J.G. Janssen</a></li> <li>• NJB 2018/1431</li> <li>• RvdW 2018/839</li> <li>• NJ 2018/318</li> <li>• RBP 2018/72</li> <li>• TvPP 2018, afl. 5, p. 154</li> <li>• <a href="#">ECLI:NL:PHR:2018:303</a></li> <li>• <a href="#">JIN 2018/139 met annotatie van M.A.J.G. Janssen</a></li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Burgerlijk procesrecht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Streefkerk</li> <li>• mr. Heisterkamp</li> <li>• mr. Tanja-van den Broek</li> <li>• mr. Sieburgh</li> <li>• mr. Wattendorff</li> </ul>
<b>Partijen:</b> Exact Dynamics BV te Zevenaar, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. H.J.W. Alt, tegen de stichting Stichting Siza te Arnhem, verweerster in cassatie, advocaat: mr. J.H.M. van Swaaij.  Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ED en Siza.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">Rv - 19</a></li> <li>• <a href="#">Rv - 347 lid 1</a></li> <li>• <a href="#">Rv - 348</a></li> </ul>

#### Inhoudsindicatie

Tweeconclusieregel, Goede procesorde, Nieuwe weer, Zelfstandigheid incidenteel beroep

#### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)

- **Noot**

## **Samenvatting**

De memorie van antwoord in het incidentele beroep biedt, gelet op de zelfstandige positie daarvan, geen gelegenheid voor het aanvoeren van een nieuwe weer in het principale beroep. Het oordeel van het hof dat op een verjaringsverweer in het principale beroep had moeten worden gereageerd bij memorie van antwoord in het incidentele hoger beroep, en dat daarom het voor het eerst bij pleidooi gedane beroep op stuiting van de verjaring niet tijdig was, is derhalve onjuist.

## **Uitspraak**

### ***Conclusie Advocaat-Generaal***

(mr. Wissink)

Deze zaak betreft de afwikkeling van tussen partijen gesloten distributie- en onderhoudsovereenkomsten voor Assistent Robot Manipulators. In cassatie spelen verschillende kwesties: of voldoende duidelijk een beroep op verjaring is gedaan en of een beroep op stuiting tardief is volgens de twee-conclusieregel, de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, de uitleg van een bepaling in de distributieovereenkomst en de omvang van de vordering tot betaling van achterstallige onderhoudstermijnen.

### **1. Feiten**

1.1. In cassatie kan, samengevat, van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>1</sup>

1.2. ED produceert Assistent Robot Manipulators (hierna: ARMen), dat zijn apparaten waarmee rolstoel gebonden personen met functionele beperkingen aan hun armen, handen en/of vingers, die beperkingen geheel of gedeeltelijk kunnen compenseren. Siza is een zorgverlenende instelling. Zij heeft ARMen verstrekt aan daarvoor geïndiceerde personen (hierna: de gebruikers). De productie van die ARMen en het onderhoud daarvan werden door ED verzorgd. De kosten van aanschaf en onderhoud kwamen ten laste van AWBZ- en/of de Ziekenfondsen.

1.3. Met betrekking tot de verkoop en levering van ARMen door ED gold tussen ED en (aanvankelijk een rechtsvoorgangster van)<sup>2</sup> Siza de distributieovereenkomst van 29 mei 1997. De distributieovereenkomst is geëindigd per 1 juli 2006 doordat ED de overeenkomst bij brief van 13 mei 2005 heeft opgezegd.

1.4. Met betrekking tot het onderhoud gold, in elk geval voor de eerste serie ARMen, het Manuscontract. Dit contract is in augustus 1998 gesloten tussen ED en (een rechtsvoorgangster van)<sup>3</sup> Siza.

1.5. Artikel 2 van het Manuscontract voorziet in 'standaard onderhoud' aan de in artikel 1 aangewezen (eerste) productieserie ARMen en bijbehorende apparatuur. Wat onder standaard onderhoud valt, staat beschreven in de bijlagen 1 en 2 bij het contract. Dit onderhoud zou ingevolge artikel 3 jaarlijks, gedurende vijf jaar tegen een vast tarief door ED worden uitgevoerd.

1.6. Per 15 december 2004 is uit Siza de besloten vennootschap Revalidatie Techniek Het Dorp B.V. (hierna: RTD) afgesplitst. RTD heeft de (feitelijke) activiteiten van Siza inzake de inkoop van en het onderhoud aan de ARMen van Siza overgenomen. ED heeft geweigerd om met een overname van de contracten door RTD in te stemmen. Bij brief van 14 februari 2005 heeft zij aan Siza bevestigd dat Siza aan RTD volmacht had verleend om namens Siza de kwesties met ED af te handelen, die in januari 2005 onderwerp waren van bespreking tussen partijen.

1.7. In een arbitraal kort geding, waarin op 28 november 2005 vonnis is uitgesproken, is ED onder meer veroordeeld om van Siza's proceskosten een gedeelte, groot € 5.420,15, aan Siza te vergoeden.

1.8. RTD heeft bij brief van 4 juli 2006 het Manuscontract opgezegd met onmiddellijke ingang, althans per 1 januari 2007.

1.9. ED heeft daarop een kort geding tegen Siza en RTD aan gespannen, naar aanleiding waarvan partijen op 19 juli 2006 de vaststellingsovereenkomst met elkaar hebben gesloten. Volgens artikel 8 van deze overeenkomst zouden de accountants van partijen onderling bepalen welke vorderingen er per 31 december 2005 tussen partijen waren, maar de accountants konden deze opdracht niet uitvoeren wegens onenigheid van partijen over de daarbij te hanteren uitgangspunten. Voor de periode vanaf 1 januari 2006 bevat de vaststellingsovereenkomst afspraken over betalingen door Siza en over een onderhoudsschema, waarin voor iedere ARM een tijdstip valt te lezen waarop deze voor het standaard onderhoud aan ED zou worden aangeboden.

1.10. Op 17 augustus 2007 heeft ED aan Siza meegedeeld dat zij de vaststellingsovereenkomst buitengerechtelijk ontbindt wegens door Siza gepleegde wanprestatie. In een kort gedingvonnis van 21 november 2007 is ED onder meer veroordeeld om de vaststellingsovereenkomst na te komen. ED heeft bij brief van 23 november 2007 het Manuscontract opgezegd tegen 1 juni 2008.

## **2. Procesverloop**

2.1. ED heeft Siza en RTD in 2007 in rechte betrokken. In feitelijke instanties is vastgesteld dat RTD heeft gehandeld krachtens volmacht voor Siza zodat alle relevante overeenkomsten gelden tussen ED en Siza.<sup>4</sup> De procedure tegen RTD is geschorst, nadat zij op 16 oktober 2008 failliet is verklaard.<sup>5</sup> Het gaat in appel en cassatie slechts om de verhouding tussen ED en Siza.

2.2. Voor zover in cassatie van belang vorderde ED in eerste aanleg van Siza, na vermeerdering van eis, onder meer: (i) te verklaren voor recht, dat op grond van de tussen Siza en ED tot 17 augustus 2007 bestaande onderhoudsovereenkomst Siza gehouden is om aan ED de vergoeding voor te plegen onderhoud te voldoen gedurende vijf jaren na uitlevering van een ARM, telkens een jaar vooruit, derhalve vijfmaal, ongeacht of door of namens Siza de desbetreffende ARM voor onderhoud wordt aangeboden en zulks geldt voor de volle periode vanaf augustus 1998 tot 17 augustus 2007; en (ii) Siza te veroordelen om aan ED te betalen terzake van nog verschuldigde vergoeding uit hoofde van het onderhoudscontract een bedrag van € 389.444,=, te verminderen met de vordering van Siza uit hoofde van het arbitrale vonnis van 28 november 2005 van de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a BW, een en ander met rente en kosten.

ED baseert haar vorderingen – kort gezegd – op de distributieovereenkomst, het Manus onderhoudscontract en de vaststellingsovereenkomst van 19 juli 2006.

Siza heeft zich verweerd en – voor zover thans nog van belang – gevorderd dat ED wordt veroordeeld tot betaling van (a) € 351.000,= wegens onverschuldigd door Siza aan ED betaalde onderhoudskosten en (b) € 176.295 wegens door Siza aan ED betaalde onverschuldigde voorschotten voor 23 ARMen, een en ander met rente en kosten. ED heeft zich hiertegen verweerd.

2.3. Op deze vorderingen heeft de rechtbank Arnhem, na tussenvonnissen van 15 juli 2009 en 10 maart 2010 te hebben gewezen, bij eindvonnis van 22 juni 2011 als volgt beslist.

In conventie heeft de rechtbank de bij 2.2 bedoelde verklaring voor recht gegeven (dictum onder 3.3) en voorts Siza veroordeeld om aan ED te betalen een bedrag van € 263.516,= inclusief btw, terzake van nog verschuldigde vergoeding uit hoofde van het onderhoudscontract, te verminderen met de vordering van Siza uit hoofde van het arbitrale vonnis van 28 november 2005 van de proceskosten, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf acht dagen na betekening van dit vonnis, tot de dag van volledige betaling (dictum onder 3.4).

In reconventie heeft de rechtbank in haar eindvonnis ED veroordeeld om aan Siza te betalen € 57.912,67 vermeerderd met de wettelijke rente wegens in het verleden door ED aan Siza teveel in rekening gebrachte voorschotten (dictum onder 3.13)<sup>6</sup> en voorts € 176.295,= vermeerderd met de wettelijke rente wegens door Siza aan ED betaalde onverschuldigde voorschotten van 23 ARMen (dictum onder 3.12).

2.4. ED heeft hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van 15 juli 2009, 10 maart 2010 en 22 juni 2011. Zij vorderde dat het hof de vonnissen vernietigt, de reconventionele vorderingen van Siza afwijst en, met wijziging van haar eis, kort gezegd, (i) verklaart voor recht dat Siza geen vordering heeft op ED als bedoeld in haar factuur van 10 mei 2007; (ii) verklaart voor recht, samengevat, dat Siza voor elke uitgeleverde ARM gedurende vijf jaren telkens een jaar vooruit aan ED een onderhoudsvergoeding dient te betalen, ongeacht of de ARM voor onderhoud wordt aangeboden, over de volle periode tot 16 maart 2009; (iii) en Siza veroordeelt om aan ED te betalen een aantal afzonderlijke bedragen,<sup>7</sup> een en ander met kosten en rente.

Siza heeft zich verweerd en incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van 15 juli 2009, 10 maart 2010 en 22 juni 2011. Zij vorderde vernietiging van de vonnissen voor zover Siza daartegen bezwaren heeft aangevoerd, met veroordeling van ED om aan Siza een bedrag van € 351.000,- terug te betalen met wettelijke handelsrente daarover wegens onverschuldigd betaalde onderhoudskosten, bekrachtiging van de vonnissen van de rechtbank voor het overige en veroordeling van ED in de kosten met wettelijke rente. ED heeft zich hiertegen verweerd.

2.5. In zijn tussenarrest van 15 maart 2016 (hierna: TA) heeft het hof een eisvermeerdering als bedoeld in rov. 2.5 en een voorgenomen eiswijziging van de ED als bedoeld in rov. 2.8 niet toelaatbaar geacht en in rov. 4.3 geconcludeerd “dat de omvang van de vorderingen in het principaal hoger beroep wordt bepaald door de memorie van grieven van ED, en dat grief Xa buiten de beoordeling in hoger beroep blijft. Ook de gegrondheid van Siza’s Loddervordering staat hierdoor vast, los van de erkenning daarvan door ED (in § 16 van haar memorie van grieven).”

2.6. In rov. 4.7 heeft het hof het abonnementskarakter van het onderhoud en de betalingsverplichtingen daarvoor besproken. Het hof overwoog onder meer:

“4.7.6. Volgens ED veranderde er voor de latere productieseries niets in de verplichtingen van partijen. Dit standpunt is in elk geval juist waar het gaat om haar verplichtingen. Siza heeft namelijk erkend dat ED ook voor de latere series hetzelfde standaard onderhoud moest uitvoeren als voor de eerste serie. In ED’s standpunt ligt besloten dat zij er op grond van deze prolongatie van haar verplichtingen gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de daar tegenover staande verplichtingen van Siza ongewijzigd zouden blijven (zie ook rechtsoverweging 4.7.1).

(...)

Uit het vorenstaande blijkt wel dat partijen in de loop van de tijd met elkaar hebben gesproken over andere onderhoudscontracten dan het Manuscontract en dat daarbij ook concepten van andere overeenkomsten ter tafel zijn gekomen, maar van nadere afspraken over de onderhoudstermijnen blijkt pas per 19 juli 2006 (de vaststellingsovereenkomst, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006). Welke nieuwe regeling zij zijn overeengekomen en wat de inhoud daarvan was, is ook al onduidelijk gelaten. Terecht heeft de rechtbank dan ook geoordeeld dat Siza’s betalingsverplichtingen voor de series tot 1 januari 2006 niet afweken van wat partijen daarover in het Manuscontract zijn overeengekomen. ED heeft onder de geschetste omstandigheden redelijkerwijs mogen aannemen dat Siza instemde met voortzetting van de abonnementsverplichtingen.”

2.7. In rov. 4.12 bespreekt het hof of Siza, nadat ED de distributieovereenkomst had opgezegd, de resterende 23 ARMen van een bestelling van 71 ARMen moet afnemen:

“4.12. Vorderingen 2, 3 en 4 en grieven VIII tot en met X in het principaal hoger beroep betreffen de bestelling van 15 april 20052 van 71 ARMen, waarvan er uiteindelijk 23 niet zijn geleverd. Siza heeft op de koopsom daarvan een gedeelte, groot € 176.295 (35% van de koopprijs) vooruitbetaald. Bij brief van 13 mei 2005 heeft ED de distributieovereenkomst per 1 juni 2006 opgezegd. Bij brieven van 31 mei 2006 en 10 juli 2006 (productie 15 bij memorie van antwoord/grieven) heeft Siza aan ED geschreven dat zij 23 ARMen niet zal afnemen en aanspraak gemaakt op terugbetaling van het door haar betaalde voorschot.

In geschil is of Siza niettemin verplicht is om de koopsom van de 23 ARMen aan ED te betalen. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit niet het geval is, welk oordeel is gebaseerd op de inhoud van artikel 9 van de distributieovereenkomst. Hiertegen zijn de grieven VIII tot en met X in het principaal hoger beroep gericht.

Artikel 9 houdt in:

“1. Indien RTD de overeenkomst opzegt, heeft ED gedurende 6 maanden na beëindiging van deze overeenkomst het recht om de alsdan bij RTD aanwezige of door derden voor haar gehouden contractproducten terug te kopen tegen de door RTD betaalde netto koopprijs. RTD zal hieraan haar volledige medewerking verlenen. Indien ED het contract opzegt, is zij daartoe verplicht, indien en voor zover RTD geen gebruik maakt van de bevoegdheid genoemd in lid 2 van dit artikel.

2. Na beëindiging van de onderhavige overeenkomst blijft RTD bevoegd alle ten tijde van de beëindiging lopende orders (waaronder begrepen de orders waaromtrent nog onderhandelingen gaande waren) af te werken. ED zal deze orders correct afwerken tegen contante betaling. Verkoop en levering zullen plaatsvinden met inachtneming van hetgeen in deze overeenkomst is bepaald.”

Siza heeft vóór de beëindiging van de distributieovereenkomst, bij brief van 8 juni 2005 (geciteerd in § 99 memorie van grieven) en in het arbitraal kort geding, aflevering geëist van de gehele order van 71 ARMen. Volgens de brief moest dit uiterlijk op 30 april 2006 plaatsvinden en volgens het kort geding-vonnis vóór 1 april 2006. Daarmee kan RTD niet het oog hebben gehad op een afroepbevoegdheid van artikel 9 lid 2, aangezien die bevoegdheid pas na de voorziene afleveringen ontstond. Toen op 1 juni 2006 31 van de 71 ARMen niettemin nog niet waren geleverd, mocht RTD dus namens Siza gebruik maken van de afroepbevoegdheid van artikel 9 lid 2 – en afstand doen van haar recht om levering van 23 ARMen te eisen. Zij heeft niet eerder aangegeven dat zij de order van 71 ARMen, indien of voor zover die op 1 juni 2006 nog zou lopen, in haar geheel zou afroepen.

ED heeft in § 26 van haar pleitnota in hoger beroep gesteld dat artikel 9 lid 2 geldt voor situaties waarin RTD zich heeft verbonden om (één of meer) ARMen aan afnemers te leveren, terwijl zij die order nog niet bij ED had geplaatst. Voor deze uitleg valt noch in de tekst van artikel 9 noch daarbuiten een feitelijke grondslag te vinden. Artikel 9 spreekt niet over klanten van Siza.

Siza heeft daarom gelijk met haar stelling, dat zij de 23 ARMen, die ten tijde van het einde van de overeenkomst nog niet geleverd waren, niet meer van ED hoeft af te nemen, dat ED verplicht is om het betaalde voorschot terug te betalen en geen aanspraak kan maken op onderhoudsvergoedingen. (...) De grieven VIII tot en met X in het principaal hoger beroep zijn ongegrond. De veroordeling tot terugbetaling van het aanbetaalde bedrag blijft in stand en de vorderingen 2, 3 en 4 worden afgewezen.”

2.8.1. In rov. 4.13.4 t/m 4.13.10 bespreekt het hof vordering 6 van ED van € 1.048.543,=, waarvan de hoofdsom € 623.810,= bedraagt. Dit betreft de door ED, na eiswijziging in hoger beroep, gevorderde betaling van 535 onderhoudstermijnen ad € 1166,= over de jaren 2002 t/m 2011.

2.8.2. De vordering voor de onderhoudstermijnen over 2002 en 2003 wordt afgewezen omdat Siza zich met succes beroept op verjaring daarvan:

“4.13.5. ED vordert voor het eerst bij memorie van grieven 61 termijnen over 2002 en 103 termijnen over 2003. Aan deze eisvermeerdering staat niet in de weg dat zij zich daarbij baseert op een rapport van de accountant van Siza, welk rapport Siza in eerste aanleg heeft overgelegd en waaruit het ED duidelijk werd dat Siza meent over 2002 en 2003 minder termijnen te hebben betaald dan ED in eerste aanleg heeft aangenomen.

Aan toewijzing van de vordering staat in zoverre echter wel in de weg dat Siza zich in § 15.3, eerste gedachtestreepje van haar memorie van antwoord/grieven (in het kader van haar negende incidentele grief) op verjaring heeft beroepen. ED heeft op dit verjaringsberoep weliswaar gereageerd, maar zij deed dit voor het eerst in § 45 van haar pleitnota en wel uitsluitend aangaande de termijnen uit 2002. Mede gelet op de datum van de dagvaarding in eerste aanleg (7 november 2007) heeft ED terecht begrepen dat Siza een verjaringstermijn van vijf jaren heeft bedoeld. Nu ook vast staat dat het gaat om vorderingen uit de onderhoudsovereenkomst(en), is het voldoende duidelijk dat het Siza om de verjaring van artikel 3:307 lid 1 BW te doen is. Het verjaringsberoep voldoet naar het oordeel van het hof dan ook aan de eisen die daaraan moeten worden gesteld (zie HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR: 1995:[ZC1934](#)).

ED beroept zich op stuiting van de verjaring (doordat partijen op 19 juli 2006 met artikel 8 van de vaststellingsovereenkomst hun accountants hebben aangewezen om vast te stellen welke vorderingen zij per 1 januari 2006 op elkaar hadden) maar had deze stuiting eerder kunnen invoeren. Bij het nemen van de memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep was de vaststellingsovereenkomst haar immers bekend. Zij merkt in § 62 van die memorie ten onrechte op dat de negende incidentele grief geen nieuwe elementen bevat.

De in artikel 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusieregel, die volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad strikt moet worden gehanteerd, laat het hof geen keuze: het hof moet voorbijgaan aan het stuitingsberoep, omdat dit te laat is gedaan en er hier geen bijzondere omstandigheden zijn, die een uitzondering op deze regel kunnen rechtvaardigen. In zoverre slaagt de negende incidentele grief.”

2.8.3. Ten aanzien van de door de rechtbank toegewezen vordering voor de onderhoudstermijnen over 2004 t/m 2007 oordeelt het hof dat het beroep van Siza op verrekening met de onderhoudstermijnen voor 2007 slaagt:

“4.13.8. Siza heeft de verrekening van de aanspraken van ED op betaling van onderhoudstermijnen over 2007 ingeroepen in het kader van het kort geding dat is geëindigd met het vonnis van 21 november 2007. Zij heeft voor deze verrekening in § 15 van haar akte d.d. 16 februari 2011 twee tegenvorderingen aangedragen: een vordering tot terugbetaling van € 165.375,= wegens aan ED betaalde voorschotten op de koopsom van 20 ARMen, welke ARMen haar niet zijn geleverd, en de Loddervordering ad € 57.912,67 (in § 3 van haar akte van 16 september 2009 werd in dit verband ook nog de vordering uit het arbitraal kort geding-vonnissen opgevoerd, maar die vordering is door de rechtbank verrekend met de vordering tot betaling van onderhoudstermijnen). In rechtsoverweging 2.25 van het bestreden eindvonnis heeft de rechtbank het beroep op verrekening afgewezen omdat onvoldoende duidelijk was waarop Siza's tegenvordering is gebaseerd.

ED heeft Siza's recht op betaling van het bedrag van € 53.396,53 erkend in § 151 van haar memorie van grieven, maar heeft daarbij aangekondigd dat zij deze post in mindering zal brengen op de Loddervordering. Kennelijk bedoelde zij om uitsluitend verrekening met de Loddervordering te erkennen, en niet met een vordering tot terugbetaling van voorschotten. Hiermee heeft zij het door Siza gedane beroep op verrekening niet begrepen. Siza heeft namelijk steeds afzonderlijk, los van het onderhavige verrekeningsberoep, aanspraak gemaakt op volledige betaling van (ook) de Loddervordering, zodat de door haar ingeroepen verrekening uitsluitend de vordering tot terugbetaling van de voorschotten kan betreffen, en niet de Loddervordering.

ED heeft niet weersproken dat de 20 ARMen, waarvan de koopsom voor 35% al door Siza was betaald, niet door haar zijn geleverd, maar wel dat Siza recht heeft op terugbetaling van het betaalde voorschot: volgens haar is zij bij het arbitraal kort geding-vonnissen veroordeeld om deze ARMen, die deel uitmaken van de in dat kort geding aan de orde gestelde bestelling van 71 ARMen, alsnog te leveren. Dit verweer tegen de verrekening berust op de onjuiste stelling dat Siza ook na de opzegging van de overeenkomst door ED gehouden is om de bestelde, maar nog niet geleverde ARMen af te nemen. Zie hierboven in rechtsoverweging 4.12. De conclusie is dat Siza recht heeft op de terugbetaling en dat de verrekening geslaagd is. De vordering tot betaling van de onderhoudstermijnen over 2007 is hierdoor met een bedrag van € 53.396,53 afgenomen, zonder dat dit in mindering is gekomen op de Loddervordering of op de vordering tot betaling van de arbitragekosten. De negende incidentele grief slaagt voor zover het de verjaring over 2002 en 2003 betreft en het beroep op verrekening ad € 53.396,53. Voor het overige mist de grief een zelfstandige grondslag.”

2.8.4. De vordering voor de onderhoudstermijnen over 2008 t/m 2011 is toewijsbaar, behoudens voor zover het gaat om de (4 x 23) termijnen voor de in rov. 4.12 bedoelde 23 ARMen die Siza niet hoefde af te nemen:

“4.13.9. Over 2008 heeft de rechtbank €67.100,= toegewezen, maar de vordering van ED in eerste aanleg was toegesneden op het oordeel van de rechtbank dat ED vanaf 1 juni 2008 geen aanspraak meer kon maken op betaling van onderhoudstermijnen voor zover ARMen haar niet voor dat onderhoud ter beschikking zijn gesteld. In hoger beroep heeft ED over 2008 betaling van 146 termijnen gevorderd (€ 170.236,= incl. BTW), over 2009 51 termijnen, over 2010 acht termijnen en over 2011 één termijn. Nu, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, de abonnementsverplichting van Siza is blijven doorlopen (zie hierboven rechtsoverweging 4.7.6. kan ED betaling verlangen van de onderhoudstermijnen, ongeacht of Siza de ARMen voor onderhoud aan ED ter beschikking heeft gesteld. Dit is anders

wat betreft de 23 ARMen die Siza niet hoefde af te nemen doordat ED die op 1 juni 2006 nog niet had geleverd. Siza heeft verweer gevoerd tegen een verplichting tot betaling van de aanschafprijs daarvan. Daarvan maakt één onderhoudstermijn deel uit. Logisch is dat zij ook ontkent verplicht te zijn tot betaling van de andere vier termijnen per ARM – ook ED heeft dit begrepen, getuige § 148 van de memorie van grieven.

Het hof zal de vordering tot betaling over de periode 2008 en later toewijzen, behoudens waar het gaat om de 4 x 23 termijnen die Siza niet hoeft te betalen doordat de order tot levering daarvan niet is uitgevoerd (zie § 148 en § 149 memorie van grieven).”

2.8.5. Het hof komt dan tot de volgende opstelling van de te betalen onderhoudstermijnen met verrekening van de arbitragekosten (zie bij 1.7), het terug te betalen voorschot voor de in rov. 4.12 bedoelde 23 ARMen (zie bij 2.7 en 2.8.3) en het bedrag van de Loddervordering (zie bij 2.5 en 2.8.3):

“4.13.10. Vordering 6 zal worden afgewezen voor zover zij strekt tot betaling van 61 termijnen over 2002, 103 termijnen over 2003 en 92 termijnen over 2008 en later. Van de gevorderde betaling van 535 onderhoudstermijnen worden (61 + 103 + 92 =) 258 termijnen a € 1.166 incl BTW afgewezen. Vordering 6 is dus toewijsbaar tot een bedrag van € 322.982  $\{(535 - 258) \times € 1.166\}$ , waarop in mindering strekken de arbitragekosten (€ 5.420,15), het in 2007 verrekenende bedrag van € 53.396,53 en – zoals ED wil, ter voorkoming van administratieve acrobatiek – de Loddervordering van € 57.912,67 met de wettelijke rente hierover vanaf 15 november 2005. De verrekening vindt plaats ten tijde van het eindarrest, zodat de wettelijke rente thans onbekend is. Vordering 6 is daarom toewijsbaar tot een hoofdsom van € 264.165,32, te verminderen met de Loddervordering en met de over de Loddervordering te vergoeden rente. Het in hoofdsom daarboven gevorderde is echter ongegrond. Vordering c. in reconventie, tot betaling van de Loddervordering, moet als gevolg van deze verrekening alsnog afgewezen worden.”

2.9. Het hof verwerpt het beroep van ED op toepasselijkheid van de FME-voorwaarden, waarop ED haar nevenvorderingen tot betaling van contractuele rente en enige kosten baseert:

“4.13.11. Als nevenvordering van vordering 6 en met de vorderingen 7, 8 en 9 maakt ED aanspraak op vergoeding van contractuele rente over de achterstallige onderhoudstermijnen en op (integrale) vergoeding van advocaten- en accountantskosten en van uren van haar directeur, een en ander voor zover deze kosten en uren zijn besteed aan het geschil over de onderhoudstermijnen. In eerste aanleg heeft zij geen contractuele rente, maar de wettelijke (handels)rente gevorderd, en heeft zij geen afzonderlijke vorderingen ingesteld tot integrale vergoeding van verschillende proceskosten. De in hoger beroep in gestelde vorderingen tot betaling van rente en vergoeding van proceskosten en de grieven XX, XXI en XXII in het principaal hoger beroep zijn alle gebaseerd op toepasselijkheid van artikel X lid 4 van de FME-voorwaarden. Volgens ED houdt dit artikel in dat Siza aan ED alle gerechtelijke en buitengerechtelijke incassokosten dient te vergoeden, alsmede over betalingsachterstanden een verdragingsrente van 3 procentpunten boven de wettelijke rente.

Siza heeft in § 34.21 e.v. van haar memorie van antwoord/grievens onder meer bestreden dat er voor latere series ARMen algemene voorwaarden tussen partijen zijn overeengekomen.

4.13.12. ED stelt voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep (§ 50 pleitnota) dat in de distributieovereenkomst weliswaar geen toepasselijkheid van algemene voorwaarden is overeengekomen, maar dat die voorwaarden in het kader van de distributieovereenkomst wel doordat zij in (niet nader genoemde) offertes en opdrachtbevestigingen daarnaar heeft verwezen en Siza/RTD tegen de toepasselijkheid niet heeft geprotesteerd. Het hof volgt ED niet. De distributieovereenkomst heeft namelijk betrekking op de verkoop en het Manuscontract op onderhoud aan uitsluitend de eerste serie ARMen. Dat partijen ook voor de latere onderhoudsovereenkomsten algemene voorwaarden met elkaar zijn overeengekomen, blijkt nergens uit, laat staan welke voorwaarden dat zijn. Dit leidt tot afwijzing van de vorderingen 7, 8 en 9, terwijl hieruit reeds blijkt dat de grieven XX, XXI en XXII falen.

4.14. De in het kader van vordering 6 door ED gevorderde contractuele rente over de periode tot 1 juli 2012 is niet op grond van de FME-voorwaarden toewijsbaar. In plaats daarvan is wel wettelijke rente toewijsbaar. De rechtbank heeft de wettelijke rente toegewezen vanaf 8 dagen na de betekening van het (eind-)vonnis. Het hof ziet geen reden voor een andere beslissing op dit punt. Inmiddels (sinds de inwerkingtreding op 16 maart 2013) gaat het daarbij om de

wettelijke rente van artikel 6:119a BW, welke rente hoger is dan de FEM-rente. Toch gaat het hof daardoor niet uit boven hetgeen ED heeft gevorderd, doordat ED over de periode vanaf 1 juli 2012 rente 'conform de wettelijke regels' vordert."

2.10. Het hof komt tot de slotsom dat het principaal beroep in elk geval gedeeltelijk slaagt en het incidenteel beroep faalt (rov. 5.1). ED wordt toegelaten tot het leveren van tegenbewijs op een punt dat in cassatie niet meer speelt.

2.11. In zijn eindarrest van 17 januari 2017 (hierna: EA)<sup>8</sup> verwerpt het hof het betoog van ED, dat het hof moet terugkomen op de oordelen in het tussenarrest over de 23 ARMen (rov. 2.12), de verjaring van de onderhoudstermijnen uit 2002 en 2003 (rov. 2.1.3) en het beroep op de FME-voorwaarden (rov. 2.1.4):

"2.1.2. Van de door ED gesignaleerde vergissing in rechtsoverweging 4.12 is evenmin gebleken. Volgens ED had het hof er niet aan voorbij mogen gaan dat het tweede lid van artikel 9 van de distributieovereenkomst een correctie bevat op het eerste lid daarvan en dat Siza met de arbitrale procedure de aflevering van de 23 ARMen heeft willen afdwingen. ED klaagt erover dat het hof geen aandacht heeft besteed aan haar beroep op het arbitraal vonnis van 28 november 2005 (productie 18 bij memorie van grieven), dat volgens ED artikel 9 lid 1 van die overeenkomst buiten werking stelde.

Ook hier volgt het hof ED niet. Voor zover ED al een beroep heeft gedaan op het arbitraal vonnis, gaat zij er in haar laatste akte (in dat geval: ten onrechte) aan voorbij dat het een vonnis in kort geding betrof, dat vanwege het voorlopige karakter daarvan niets wijzigt aan de bestaande aanspraken.

Siza heeft in § 5.7 memorie van antwoord tegengesproken dat zij de 23 resterende ARMen heeft 'afgeroepen' en heeft daarbij toegelicht dat artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst haar bevoegd maakt om lopende orders te annuleren nadat ED de samenwerking had opgezegd. Dit standpunt van Siza heeft het hof gevolgd.

2.1.3. (...) Welke misvatting ED hiermee heeft bedoeld, is het hof niet duidelijk. Wat wel duidelijk is, is dat ED het tussenarrest ook hier niet goed weergeeft: in dat arrest is het verjaringsberoep niet gehonoreerd op basis van enige bewijslastverdeling, maar op de grond van het uitblijven van tijdig verweer tegen de ingeroepen verjaring. De bevoegdheid van de rechter om op eindbeslissingen terug te komen is niet zo ruim, dat deze ook de gevolgen daarvan ongedaan kan maken.

Binnen dit kader is voor een goed begrip nog het volgende van belang: ED heeft voor het eerst bij memorie van grieven d.d. 21 augustus 2012 verduidelijkt dat zij (ook) betaling vordert van onderhoudstermijnen over de jaren 2002 en 2003. Dit heeft aan Siza het beroep op verjaring ontlokt. Siza heeft daarmee aan haar stelplicht voldaan: in beginsel waren geldvorderingen die in 2003 of eerder opeisbaar werden, op 21 augustus 2012 verjaard. ED had zich bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep op stuiting kunnen beroepen, maar heeft dat nagelaten. Zonder een beroep op stuiting stond het hof niet vrij om (derhalve: 'ambtshalve') te onderzoeken of een ingeroepen verjaring is gestuit: de burgerlijke rechter moet in dit opzicht lijdelijk zijn. Het had op de weg van ED gelegen om die stuiting uiterlijk bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep in te roepen. Stelplichten ter zake van stuiting van verjaring rusten immers in beginsel op degene die zich op de stuiting beroept.

Het honoreren van het verjaringsberoep berust dus evenmin op een vergissing.

2.1.4. In rechtsoverweging 4.13.12 van het tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat de toepasselijkheid van de FME-voorwaarden uitsluitend is overeengekomen wat betreft de eerste serie ARMen. ED ziet hierin een miskenning van de artikelen 6:232 BW en 6:234 BW, alsmede van de maatstaf van het arrest HR 1 oktober 1999 (NJ 2000/207, Geurtzen/Kampstaal), maar de vermelde wetsartikelen en het arrest hebben alle betrekking op de vernietigbaarheid van (in beginsel toepasselijke) algemene voorwaarden, terwijl het in de aangevallen passage van het tussenarrest gaat om de vraag of die toepasselijkheid hier is overeengekomen. Ook op dit punt in het tussenarrest heeft het hof zich niet vergist. Daarom bouwt het hof hieronder voort op de inhoud daarvan."

2.12. Het hof concludeert dat ED in haar bewijsopdracht slaagt. In het dictum vernietigt het hof in het principaal hoger beroep de vonnissen van de rechtbank Arnhem van 15 juli 2009, 10 maart 2010 en 22 juni 2011 in conventie en in



reconventie, voor zover in het principaal hoger beroep betrokken (de veroordeling onder 3.13 van het vonnis van 22 juni 2011 van ED om aan Siza € 57.912,67 met rente te betalen en de veroordeling onder 3.19 van Siza tot betaling van € 1.158 aan ED wegens buitengerechtelijke incassokosten blijven dus in stand). In zoverre opnieuw recht doende, geeft het hof in conventie twee verklaringen voor recht en veroordeelt het Siza:

“om aan Exact Dynamics B.V. binnen acht dagen na betekening van dit arrest het bedrag van € 264.165,32 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf acht dagen na de betekening van het eindvonnis tot 16 maart 2013, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 16 maart 2013 tot de dag van de algehele betaling;”

In reconventie veroordeelt het hof ED om aan Siza te betalen een bedrag van € 140.000, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover van 31 mei 2006 tot de dag van volledige betaling, wegens door Siza aan ED betaalde onverschuldigde voorschotten voor 23 ARMen en om aan Siza de schade te vergoeden wegens niet-nakoming van de distributieovereenkomst door ten onrechte een nieuwprijs voor 23 ARMen met een oude CPU in rekening te brengen, welke schade nader valt op te maken bij staat en valt te vereffenen volgens de wet. Het hof compenseert, kort gezegd, de kosten. In het incidenteel hoger beroep bekrachtigt het hof de bestreden vonnissen met veroordeling van Siza in de kosten.

2.13. ED heeft bij procesinleiding van 18 april 2017, tijdig,<sup>9</sup> cassatieberoep ingesteld tegen het tussenarrest en het eindarrest. Siza heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan. ED en Siza hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna ED nog heeft gerepliceerd en Siza heeft gedupliceerd.

### **3. Bespreking van het cassatiemiddel**

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen met diverse subonderdelen. Onderdeel 2.1 ziet op het beroep op verjaring van de onderhoudstermijnen over 2002 en 2003. Onderdeel 2.2 gaat over de toepasselijkheid van de FME voorwaarden. Onderdeel 2.3 ziet op de kwestie van het afnemen en betalen van 23 ARMen en onderdeel 2.4 op de daarvoor te betalen onderhoudstermijnen. Onderdeel 2.5 is louter voortbouwend van aard.

#### **Onderdeel 2.1: stuiting verjaring en de twee-conclusieregel**

3.2. Dit subonderdeel ziet op het oordeel over verjaring in rov. 4.13.5 TA (alsmede de verwijzing daarnaar in het slot van 4.13.8 TA) en rov 2.1.3 EA waarin dat oordeel is gehandhaafd. De klachten betreffen (a) de toepassing van de twee-conclusieregel en (b) de beoordeling van stellingen in verband met het beroep op verjaring als zodanig.

Voor zover het subonderdeel zich richt tegen rov. 4.3 TA mist het feitelijke grondslag.<sup>10</sup> Deze overweging ziet immers op de eiswijziging van ED in hoger beroep.

3.3. De in art. 347 Rv besloten liggende twee-conclusieregel brengt mee dat het aanvoeren van (onder meer)<sup>11</sup> grieven of verweren daartegen dient plaats te vinden in de eerste conclusie in hoger beroep en dat de rechter een tardieve grief of weer buiten beschouwing moet laten.<sup>12</sup> Nadat Siza bij MvA tevens MvG in incidenteel appel in het kader van haar negende incidentele grief zich (naar het oordeel van het hof) op verjaring had beroepen, diende ED volgens deze regel daarop te reageren in haar MvA in het incidenteel appel en niet pas bij pleidooi in appel.

Het middel wijst op de in de rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde uitzonderingen op deze regel,<sup>13</sup> kort gezegd (1) dat de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat het punt alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken, (2) dat de aard van het geschil meebrengt dat het punt nog in een later stadium van de procedure kan worden betrokken en (3) dat aanpassing wordt beoogd aan eerst later gebleken feiten en omstandigheden teneinde te voorkomen dat het geschil wordt beslecht aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken gegevens. Ook dan blijft gelden dat het alsnog betrekken van het punt in de rechtsstrijd niet in strijd mag komen met de goede procesorde.

De *subonderdelen 2.1.1 en 2.1.2* klagen (onder meer) over de toepassing van de onder (1) respectievelijk (3) bedoelde uitzonderingen.

3.4.1. Volgens *subonderdeel 2.1.1* (op p. 8 en 9 van de procesinleiding) heeft het hof in rov. 4.13.5 TA ten onrechte (ambtshalve) de twee-conclusieregel toegepast op het bij pleidooi door ED gedane beroep op stuiting van de verjaring van de onderhoudstermijnen uit 2002 en 2003, omdat Siza bij pleidooi ondubbelzinnig ermee heeft ingestemd dat dit punt in de rechtsstrijd zou worden betrokken. De klacht leidt dit af uit de volgende reactie van de advocaat van Siza bij pleidooi:<sup>14</sup>

“Over de verjaring is ook iets gezegd, maar ik vind dat nu lastig om op te reageren. Die is niet gestuit volgens mij. Er is geen derde benoemd, dat zou de procedure-afspraken zijn, als we er niet uit komen samen. Het is hier nooit van gekomen.”

3.4.2. Deze klacht dient naar mijn mening te falen. Van ondubbelzinnige instemming kan sprake zijn indien de wederpartij inhoudelijk ingaat op het nieuwe punt zonder bezwaar te maken tegen het tijdstip waarop dat is opgeworpen.<sup>15</sup> De toestemming hoeft dus niet uitdrukkelijk te worden gegeven en kan besloten liggen in verklaringen of gedragingen van geïntimeerde.<sup>16</sup> Of een reactie van de wederpartij een dergelijke instemming inhoudt, dient te worden beoordeeld door het hof met inachtneming van de omstandigheden van het geval.<sup>17</sup>

Het hof oordeelt in rov. 4.13.5 TA dat er geen bijzondere omstandigheden zijn, die een uitzondering op de twee-conclusieregel kunnen rechtvaardigen. Het hof heeft de reactie van Siza niet beoordeeld als ondubbelzinnige toestemming. Dit oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk. Siza stelt slechts, zonder hiertoe een nadere onderbouwing te geven, dat dit stuitingsberoep onjuist is. De advocaat van Siza benadrukt ook dat het lastig is om nu – bij pleidooi – op het stuitingsberoep te reageren. Het hof kon oordelen dat Siza daarmee niet inhoudelijk op het stuitingsberoep reageerde.<sup>18</sup>

3.4.3. In het verlengde hiervan faalt ook de voortbouwende klacht van subonderdeel 2.1.1 op p. 10 van de procesinleiding, die is gericht tegen rov. 2.1.3 EA. Het beroep van subonderdeel 2.1.2 op de daarin bedoelde uitzondering (3) op de twee-conclusieregel komt aan bod bij 3.7.

3.5.1. De *subonderdelen 2.1.1 (op p. 10 van de procesinleiding), 2.1.2 en 2.1.4* klagen, samengevat, dat het hof in rov. 4.13.5 TA en rov. 2.1.3 EA heeft miskend dat Siza in haar MvA tevens MvG in incidenteel appel te weinig heeft gesteld ten aanzien van haar beroep op verjaring.

De klacht komt erop neer dat het beroep op verjaring is gedaan als een blote mededeling (subonderdeel 2.1.1) in één enkele zin zonder verdere onderbouwing (subonderdeel 2.1.2), gedaan in nr. 15.3 van de in de MvA tevens MvG in incidenteel appel en herhaald in de nrs. 33.5 en 33.8 daarvan (subonderdeel 2.1.4). Dit is onvoldoende in het licht van HR 29 december 1995, **ECLI:NL:HR:1995:ZC1943**, NJ 1996/418 (Buyck/Van den Aemele), waarnaar het hof verwijst in rov. 4.13.5 (subonderdeel 2.1.4).

3.5.2. In het arrest Buyck/Van den Aemele is overwogen:<sup>19</sup>

“3.3 (...) In art. 3:322 lid 1 BW, waarin wordt bepaald dat de rechter het middel van verjaring niet ambtshalve mag toepassen, ligt besloten dat degene die zich op verjaring beroept met voldoende duidelijkheid dient aan te geven op welke verjaring hij het oog heeft, wil dit beroep kunnen slagen. Of het beroep op verjaring in dit opzicht inderdaad voldoende duidelijk is, is een kwestie van uitleg van de desbetreffende verklaring.

In het onderhavige geval heeft Van den Aemele zich slechts in algemene termen op verjaring beroepen zonder daarbij een bepaald wetsartikel te noemen of anderszins aan te duiden welke verjaring zij op het oog had. Zulks kan voldoende zijn, wanneer in de gegeven omstandigheden ook zonder nadere uitleg duidelijk is welke verjaring voor toepassing in aanmerking komt.”

3.5.3. Siza heeft in de toelichting op haar negende incidentele grief (gericht tegen de in nr. 15.1 van haar memorie genoemde rechtsoverwegingen) onder meer aangevoerd: “Voor wat betreft de periode 2002 t/m 2003 is niet vast komen te staan dat Siza nog onderhoudstermijnen aan ED verschuldigd is. (...) ED heeft ter zake niet tijdig een vordering ingesteld, waardoor bovendien wordt gesteld dat de vorderingen zijn verjaard.” In de nrs. 33.5 en 33.8 van deze memorie heeft Siza herhaald dat deze vorderingen volgens haar zijn verjaard.

Het hof heeft in rov. 4.13.5, overwogen (i) dat ED terecht heeft begrepen dat Siza een verjaringstermijn van vijf jaren bedoelt en (ii) dat voldoende duidelijk is dat het Siza gaat om de verjaring van art. 3:307 lid 1 BW. Deze oordelen geven geen blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Zij berusten voor het overige op een aan het hof voorbehouden lezing van de processtukken. Onbegrijpelijk kan die lezing niet worden genoemd, ook niet “waar de memorie van antwoord in totaal 89 pagina’s beslaat en het beroep op verjaring één kale zin is geweest” zoals subonderdeel 2.1.2 (en ook 2.1.4) aanvoert. ED (s.t. nr. 1.3) merkt nog op dat Siza onvoldoende specifiek heeft gesteld om welke vorderingen en hoeveel termijnen uit 2002 en 2003 het gaat, maar dat volgt naar het kennelijke oordeel van het hof voldoende uit de opstelling van ‘vordering 6’ in de MvG nr. 195 en productie 40 daarbij. Daarmee falen de *subonderdelen 2.1.1 (op p. 10 van de procesinleiding), 2.1.2 en 2.1.4.*

3.6.1. Ik merk aanvullend nog het volgende op. *Subonderdeel 2.1.1* klaagt ten onrechte dat het hof zich schuldig heeft gemaakt aan ambtshalve aanvulling van feiten door te oordelen over de opeisbaarheid van de vordering waarvan Siza stelt dat deze is verjaard. Zoals blijkt uit rov. 4.13.5 van het tussenarrest heeft ED betaling van de onderhoudstermijnen voor 2002 en 2003 gevorderd. Dat impliceert het standpunt van ED dat deze termijnen opeisbaar waren, wat Siza niet heeft bestreden (zie s.t. Siza nr. 16), zodat het hof daarvan moest uitgaan. Bovendien heeft Siza niet betoogd dat zij uitging van een andere datum van opeisbaarheid dan ED.

3.6.2. *Subonderdeel 2.1.2* mist feitelijke grondslag waar het veronderstelt dat volgens het hof de negende grief “geen nieuwe elementen bevat”, nu het hof in rov. 4.13.5 die veronderstelling als onjuist verwerpt.

3.6.3. *Subonderdeel 2.1.4* mist feitelijke grondslag waar het veronderstelt dat Siza slechts heeft gesteld dat “ED niet tijdig een vordering heeft ingesteld”, omdat zij ook heeft gesteld “dat de vordering is verjaard”.

3.7. In het verlengde van het voorgaande faalt ook het beroep in *subonderdeel 2.1.2* op de in 3.3. bedoelde uitzondering (3) op de twee-conclusieregel. Het niet nader onderbouwde beroep op het beginsel van waarheidsvinding doet hieraan niet af. Met dit beginsel wordt rekening gehouden in deze uitzondering op de twee-conclusieregel.

3.8.1. Het slot van *subonderdeel 2.1.1 en subonderdeel 2.1.5 (eerste alinea)* klagen eveneens over het oordeel dat het beroep op verjaring moet worden toegewezen omdat het niet (tijdig) is betwist.

Deze klachten dienen te falen. Voor zover zij voortbouwen op de (overige klachten van) de subonderdelen 2.1.1 en 2.1.2, volgt dat uit het voorgaande. Verder oordeelde het hof dat het beroep op stuiting van de verjaring niet tijdig is gedaan gezien de twee-conclusieregel. Het hof oordeelde niet dat de aan het beroep op verjaring ten grondslag liggende feiten en omstandigheden, gezien art. 149 en 150 Rv, als onvoldoende betwist vast staat. In zoverre missen de klacht feitelijke grondslag.

3.8.2. De klacht van *subonderdeel 2.1.5 (tweede alinea)* faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het hof in rov. 4.13.5 en 4.13.8 TA niet zelfstandig op zoek is gegaan naar feiten en omstandigheden die het beroep op verjaring zouden kunnen rechtvaardigen.

3.9.1. *Subonderdeel 2.1.3* klaagt over de juistheid en begrijpelijkheid van het oordeel in rov. (kennelijk) 4.13.5 TA en 2.1.3 EA, dat ED eerst in hoger beroep betaling heeft gevorderd van de onderhoudstermijnen 2002 en 2003. Volgens de klacht lag dit al besloten in de petita c en e van de inleidende dagvaarding.

Het oordeel van het hof berust op een aan het hof voorbehouden lezing van de gedingstukken. In cassatie kan deze niet op juistheid worden getoetst. Onbegrijpelijk is deze lezing niet in het licht van productie 9 in eerste aanleg<sup>20</sup> en de MvG (MvG nr. 195 en productie 40 in hoger beroep bij MvG).

3.9.2. Overigens zou subonderdeel 2.1.3 ook bij gebrek aan belang kunnen falen, omdat – wat er ook zij van de vorderingen in eerste aanleg – het hof in ieder geval de in hoger beroep voorliggende vorderingen met betrekking tot de onderhoudstermijnen 2002 en 2003 heeft beoordeeld.

Dat belang zou er wellicht kunnen zijn in verband met de klacht van *subonderdeel 2.1.5 (derde alinea)*. Deze klacht verbindt aan de stelling dat de vorderingen met betrekking tot de onderhoudstermijnen 2002 en 2003 al in eerste

aanleg voorlagen, de gevolgtrekking dat het hof krachtens art. 25 Rv ambtshalve had moeten beoordelen of het beroep op verjaring van Siza op de voet van art. 3:316 lid 1 BW was gestuit door het uitbrengen van de dagvaarding in eerste aanleg. Deze klacht faalt echter, omdat het hof niet ambtshalve mag beoordelen of een lopende verjaringstermijn is gestuit.<sup>21</sup>

3.10. Gezien het voorgaande, dient ook de louter voortbouwende klacht in *subonderdeel 2.1.6* te falen.

### **Onderdeel 2.2: toepasselijkheid algemene voorwaarden; wettelijke rente**

3.11. Dit onderdeel betreft het oordeel in rov. 4.13.2 TA (gehandhaafd in rov. 2.1.4 EA) dat niet is komen vast te staan dat partijen ook voor de latere onderhoudsovereenkomsten de toepasselijkheid van de FME-voorwaarden zijn overeengekomen. Hierop voortbouwend wordt ook geklaagd over de ingangsdatum van de wettelijke rente.

3.12.1. Verwijzend naar het partijdebat over de toepasselijkheid van de FME-voorwaarden stelt *subonderdeel 2.2.1* dat het hof, gelet op art. 149 Rv, als vaststaand had moeten aannemen (1) dat de Manusovereenkomst verwijst naar de FME-voorwaarden uit 1996, (2) dat de FME-voorwaarden uit 1998 zijn overgelegd als productie 27 bij MvG, (3) dat bepaling X in de versies 1996 en 1998 van de FME-voorwaarden gelijklopend zijn en, door mij zo genummerd, (4) dat in opdrachtbevestigingen en facturen telkens een verwijzing naar de FME voorwaarden is opgenomen. Volgens de klacht heeft het hof dit miskend dan wel zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

3.12.2. Deze klachten dienen te falen. Volgens ED waren de FME-voorwaarden van toepassing op 'de' onderhoudsovereenkomst tot ultimo maart 2009 (MvG nr. 180 en pleitnota in appel nr. 55). In haar MvA tevens MvG in incidenteel appel bestreed Siza dat de FME-voorwaarden waren overeengekomen voor de distributieovereenkomst (nrs. 34.19-34.20), dat sprake was van een onderhoudscontract (nr. 34.22) en dat voor latere series ARMen algemene voorwaarden zijn overeengekomen (zie rov. 4.13.11, slot).

Het hof heeft – in rov. 4.13.12 TA impliciet en in rov. 2.1.4 EA expliciet – geoordeeld dat de FME-voorwaarden van toepassing zijn op de Manusovereenkomst, dat wil zeggen het onderhoudscontract voor de eerste serie ARMen.

Op de bij 3.12.1 bedoelde stelling (1) behoefde het hof niet nader in te gaan, nu het in de bestreden overwegingen geen oordeel gaf over de toepasselijkheid van (een bepaalde versie van) de FME-voorwaarden op de Manus- onderhoudsovereenkomst. Nu het hof oordeelde dat niet is komen vast te staan dat partijen ook voor de latere onderhoudsovereenkomsten de toepasselijkheid van de FME-voorwaarden zijn overeengekomen, behoefde het hof evenmin te oordelen over de stellingen (2) en (3) die betrekking hebben op verschillende versies van de FME-voorwaarden.

Stelling (4) heeft het hof betrokken op de distributieovereenkomst en niet op de (latere) onderhoudsovereenkomsten. Dat is niet onbegrijpelijk nu in de MvG nr. 50, waarnaar ook het hof verwijst, wordt gesteld dat voor de distributieovereenkomst geldt dat ED in de loop der jaren naar de FME-voorwaarden heeft verwezen bij opdrachtbevestigingen. Weliswaar voert het subonderdeel (eerste alinea op p. 18 van de procesinleiding) nog aan dat de facturen met de verwijzingen naar de FME-voorwaarden in voldoende mate in het procesdossier aanwezig zijn,<sup>22</sup> maar daarbij wordt niet aangegeven dat ED onder verwijzing naar deze producties in feitelijke instanties heeft gesteld dat de FME-voorwaarden van toepassing waren op de latere onderhoudsovereenkomsten. Zie in dit spoor ook de s.t. nr. 2.5 van ED.

3.12.3. Subonderdeel 2.2.1 klaagt voorts dat het hof is voorbijgegaan aan de bewijsaanbiedingen in de punten 50 en 51 van de pleitnota in appel. Dit betreft echter geen bewijsaanbiedingen door het horen van getuigen betrof, maar slechts het aanbod om opdrachtbevestigingen dan wel de FME-voorwaarden versie 1998 in het geding te brengen. Voor het overleggen van dergelijke stukken heeft een partij geen toelating door de rechter. Het hof behoefde hierop dan ook niet te reageren.

3.13.1. Ook *subonderdeel 2.2.2* klaagt dat het oordeel dat niet is komen vast te staan dat partijen ook voor de latere onderhoudsovereenkomsten de toepasselijkheid van de FME-voorwaarden zijn overeengekomen onjuist is dan wel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.

3.13.2. Voor zover de klacht (onderaan p. 18 van de procesinleiding) verwijst naar subonderdeel 2.2.1 dient zij eveneens te falen. Voor het overige lijkt deze klacht zich te keren tegen de tussenzin “laat staan welke voorwaarden dat zijn” in rov. 4.13.12 TA, door erop te wijzen dat ED telkens uitsluitend over de FME-voorwaarden heeft gesproken en dat de relevante bepaling daarvan in de versies 1996 en 1998 gelijklopend is. Deze klacht behoeft verder geen bespreken, nu zij zich richt tegen een overweging die ten overvloede is gegeven.

3.13.3. Anders dan het subonderdeel veronderstelt, leidt de wettelijke omschrijving van algemene voorwaarden als bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen (art. 6:231 sub a BW) niet tot de gevolgtrekking dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden op een bepaalde overeenkomst in beginsel, behoudens nadere motivering, ook leidt tot toepasselijkheid ervan op latere overeenkomsten tussen dezelfde partijen.

Anders dan het subonderdeel verder aanvoert, is er geen rechtsregel die meebrengt dat algemene voorwaarden “die eenmaal zijn overeengekomen niet telkens opnieuw behoeven te worden overeengekomen” (naar ik aanneem, voor andere overeenkomsten tussen dezelfde partijen). Steeds zal, in beginsel aan de hand van de wilsvertrouwensleer, moeten worden beoordeeld of de toepasselijkheid van bepaalde algemene voorwaarden is overeengekomen.

3.14. Het voorgaande wordt niet anders in het licht van de passage uit rov. 4.7.6, waarop wordt gewezen in *subonderdelen 2.2 en 2.2.1*, nu het hof daarin alleen een oordeel geeft over het abonnementskarakter van (ook) de latere onderhoudsovereenkomsten.

3.15. De louter voortbouwende klacht van *subonderdeel 2.2.3* dient eveneens te falen.

3.16.1. *Subonderdeel 2.2* verwijst ook naar rov. 4.14 TA waarin het hof (onder meer) in gaat op de ingangsdatum van de wettelijke rente. *Subonderdeel 2.2.4* klaagt in dit verband over (kennelijk) rov. 3.1 EA en het dictum voor zover Siza daarin is veroordeeld om aan ED “binnen acht dagen na betekening van dit arrest het bedrag van € 264.165,32 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf acht dagen na de betekening van het eindvonnis tot 16 maart 2013, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 16 maart 2013 tot de dag van de algehele betaling;”.

3.16.2. Het middel klaagt dat toewijzing van de rente acht dagen na betekening van het eindvonnis onjuist dan wel onbegrijpelijk is, omdat verzuim intreedt na ommekomst van de betalingstermijn van iedere factuur.<sup>23</sup>

Deze klacht faalt (reeds) omdat zij voorbij gaat aan het oordeel in rov. 4.14 TA, dat voor toewijzing van de contractuele rente tot 1 juli 2012 geen plaats is. Het middel geeft niet aan dat ED ook heeft gevorderd dat wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW, waarvan de verschuldigheid afhankelijk is van het intreden van het verzuim, wordt toegewezen met ingang van de data waarop Siza in verzuim zou zijn gekomen met de voldoening van de verschillende onderhoudstermijnen. Voor de toewijzing van de wettelijke handelsrente als bedoeld in art. 6:119a BW is overigens geen verzuim vereist.<sup>24</sup>

### **Onderdeel 2.3: de afroep van 23 ARMen**

3.17. Dit onderdeel ziet op het oordeel, kort gezegd, dat Siza na beëindiging van de distributieovereenkomst door ED de 23 ARMen die ten tijde van het einde van de overeenkomst nog niet waren geleverd niet meer van ED hoefde af te nemen (rov. 4.12 TA) c.q. dat artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst Siza bevoegd maakt om lopende orders te annuleren nadat ED de samenwerking had opgezegd (rov. 2.1.2 EA). Het onderdeel ziet tevens op rov. 4.13.8 t/m 4.13.10 voor zover daarin wordt voortgebouwd op dit oordeel.

3.18. Het oordeel van het hof moet naar mijn mening als volgt worden begrepen. Het hof heeft zich in rov. 2.12 EA aangesloten bij de door Siza bepleite uitleg van art. 9 lid 2 van de distributieovereenkomst. Siza was daarom bevoegd lopende orders te annuleren nadat ED de overeenkomst had opgezegd. Met de ‘afroepbevoegdheid van artikel 9 lid 2’ doelt het hof in rov. 4.12 TA op deze annuleringsbevoegdheid: Siza is bevoegd levering op grond van lopende orders nog af te roepen maar kan daarvan ook afzien door de order te annuleren. Door deze annuleringsbevoegdheid uit te oefenen, zou Siza afstand zou doen van haar recht om levering te eisen van 23 ARMen (rov. 4.12 TA).

Uit rov. 4.12 TA blijkt dat deze bevoegdheid ontstaat op het moment van beëindiging van de distributieovereenkomst, dat wil zeggen op 1 juni 2006, de datum waartegen is opgezegd (en niet op 13 mei 2005, de datum waarop is opgezegd tegen 1 juni 2006).

Vóór 1 juni 2006 heeft Siza bij brief van 8 juni 2005 en in het arbitraal kort geding aflevering geëist van de gehele order van 71 ARMen. Zij heeft niet aangegeven dat zij die order in haar geheel zou afroepen indien of voor zover die op 1 juni 2006 nog zou lopen (rov. 4.12 TA). Met andere woorden: Siza kon de bestelling voor de 23 ARMen, die op 1 juni 2006 nog niet waren geleverd, annuleren.

3.19.1. De *subonderdelen 2.3.1 t/m 2.3.2* klagen, samengevat, dat het hof in rov. 4.12 TA het haviltexcriterium heeft miskend dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven nu toepassing van het haviltexcriterium, met inachtneming van de brief van [betrokkene 1] van 8 juni 2005 en het arbitraal kort geding, tot geen andere uitkomst kan leiden dan dat Siza voor het subsidiejaar 71 ARMen had gekocht en dat ED gehouden was die uiterlijk 31 mei 2006 te leveren c.q. dat partijen hun rechtsrelatie met betrekking tot de 71 ARMen als het ware hebben herbevestigd.

3.19.2. Het hof heeft geen onjuiste uitlegmaatstaf gehanteerd (zoals ook blijkt uit de, terecht, niet bestreden rov 4.7.3 TA). Het hof miskent niet dat er een overeenkomst was voor levering van 71 ARMen en dat Siza met de brief van 8 juni 2005 en het arbitraal kort geding had aangedrongen op nakoming daarvan. Het hof komt tot de slotsom dat Siza op grond van artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst (ook) deze order mag annuleren voor zover deze bij beëindiging van de distributieovereenkomst per 1 juni 2006 nog niet was afgewikkeld. De subonderdelen falen.

3.20.1. *Subonderdeel 2.3.3* klaagt in de punten (a) t/m (e) dat rov. 4.12 onjuist en/of onbegrijpelijk zou zijn, samengevat, omdat het hof heeft miskend dat ED weliswaar moest leveren uiterlijk 30 april 2006 (op grond van de brief van 8 juni 2005) of 1 april 2006 (op grond van arbitraal kort geding vonnis), maar dat ED dit niet kon omdat een afroep van Siza telkenmale ontbrak (punten (a), (c) en (e)), artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst het begrip afroep niet kent (punt (b)) en een door ED bij pleidooi aangevoerde uitleg van artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst niet door Siza is betwist (punt (d)). Aldus zou het hof niet zijn ingegaan op de in het subonderdeel genoemde stellingen (i) t/m (iii) van ED.

3.20.2. De punten (a), (c) en (e) veronderstellen dat Siza gehouden was om levering van alle bestelde 71 ARMen te verlangen vóór 1 juni 2006. In rov. 4.12 omschrijft het hof echter slechts feitelijk de strekking van de brief van 8 juni 2005 en van het arbitraal vonnis. Het hof oordeelt niet dat daarin besloten ligt dat Siza gehouden was om levering van alle bestelde 71 ARMen te verlangen vóór 1 juni 2006. Voor zover zij dat niet had gedaan en deze ARMen op die datum niet uitgeleverd waren, kon Siza gebruik maken van haar rechten onder artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst.

Het punt (b) berust op een onjuiste lezing van de bestreden rechtsoverwegingen. Het hof spreekt hier over de situatie vóór 1 juni 2006, waarin de 'afroepbevoegdheid van artikel 9 lid 2' nog niet speelt.

Wat betreft punt (d), blijkt uit het proces-verbaal van de zitting bij het hof (blad 3, punt 10) naar mijn mening niet dat Siza niet heeft gereageerd op deze uitleg. Zij heeft ten aanzien van artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst immers verwezen naar haar stellingen over de uitleg van deze bepaling in de MvA. Hoe dat ook zij, het hof heeft terecht het gehele partijdebat in ogenschouw genomen bij zijn uitleg van artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst.

Op de in het subonderdeel genoemde stellingen onder (i) t/m (iii) heeft het hof afdoende gereageerd. Het subonderdeel faalt.

3.21.1. *Subonderdeel 2.3.4* klaagt, samengevat, dat het hof in rov. 2.1.2 EA miskent dat het voorlopig karakter van het arbitrale kortgedingvonnis niet afdoet aan de daarin opgenomen veroordeling en dat een partij die 71 ARMen bestelt en in kort geding aflevering ervan afdwingt niet vervolgens met een beroep op een eerdere overeenkomst alsnog kan afzien van afname van 23 ARMen. Hiermee heeft Siza een dwangovereenkomst tot stand gebracht die zij niet met een beroep op de oorspronkelijke overeenkomst kon annuleren.

3.21.2. De bestreden rechtsoverweging gaat niet in op de mogelijke verplichting voor Siza om de ARMen af te roepen. In zoverre mist de klacht dan ook feitelijke grondslag. Voor het overige faalt de klacht om de eerder gegeven redenen,

in het bijzonder omdat volgens het hof Siza op grond van artikel 9 lid 2 van de distributieovereenkomst de order mag annuleren voor zover deze bij beëindiging van de distributieovereenkomst per 1 juni 2006 nog niet was afgewikkeld en omdat het hof niet oordeelt dat Siza gehouden was om levering van alle bestelde 71 ARMen te verlangen vóór 1 juni 2006.

3.22. Nu de voorgaande klachten falen, geldt dat ook voor de louter voortbouwende klacht van *subonderdeel 2.3.5*.

#### **Onderdeel 2.4: jaarlijkse onderhoudstermijnen 23 ARMen**

3.23. In rov. 4.13.9 en 4.13.10 TA heeft het hof op de met "Vordering 6" gevorderde 535 onderhoudstermijnen in mindering gebracht ( $4 \times 23 =$ ) 92 termijnen voor het onderhoud van de in rov. 4.12 bedoelde 23 niet-geleverde ARMen. Volgens het onderdeel is het hof daarmee buiten de rechtsstrijd getreden, althans is het oordeel onbegrijpelijk, omdat de vordering tot betaling van 535 onderhoudstermijnen niet mede deze 92 termijnen omvatte.

3.24. Ik stelt voorop dat niet wordt betwist dat in de verplichting tot betaling van de aanschafprijs één onderhoudstermijn was verdisconteerd (rov. 4.13.9, zesde volzin). Het hof leidt daaruit af dat er dan nog vier onderhoudstermijnen per ARM resteren die moeten worden verdisconteerd (volgens ED gaat het overigens om drie termijnen per ARM, maar het middel wijdt daaraan geen afzonderlijke klacht, zodat ik dit punt laat rusten).<sup>25</sup>

Het hof leidt uit het verweer van Siza, dat zij de aanschafprijs voor de 23 ARMen niet hoeft te betalen, af dat Siza ook meent dat zij de (deels in de aanschafprijs verdisconteerde) onderhoudstermijnen daarvoor niet hoeft te betalen. Het subonderdeel keert zich niet tegen deze, begrijpelijke, lezing van het verweer van Siza door het hof.

Het subonderdeel mist feitelijke grondslag waar het veronderstelt dat volgens het hof Siza een bepaald punt zou hebben begrepen. In rov. 4.13.9 TA overweegt het hof slechts dat ED moet hebben begrepen dat het verweer van Siza ook ziet op de onderhoudstermijnen voor de 23 niet geleverde ARMen.

3.25.1. Het hof heeft uit MvG nrs. 148-149 afgeleid dat de onderhoudstermijnen voor de 23 ARMen zijn verdisconteerd in de opstelling van ED:

"148. Een afzonderlijk aandachtspunt hierbij is nog de kwestie van de zogenaamde 23 ARMen. Dat zijn dus de ARMen waarover ook het geschil uit hoofde van de distributieovereenkomst gaat en waarover ook gearbitreerd is. Voor de berekening van het daarover verschuldigde onderhoudstarief geldt evenzeer, dat dat dan niet verder loopt dan 16 maart 2009. Aangezien deze ARMen voor 1 april 2006 moesten worden geleverd ligt het in de rede om ter zake van die ARMen uit te gaan van drie jaar onderhoudsvergoeding, telkens bij vooruitbetaling te voldoen. Op de precieze berekening komt Exact Dynamics hierna in hoofdstuk VIII nog terug.

149. (...) Voorts brengt de opstelling van Siza, met inbegrip van de door haar bewerkstelligde kort-gedingvonnissen, mee dat Exact Dynamics onverminderd aanspraak kan maken op het abonnementsgeld dat Siza tot 16 maart, respectievelijk 1 april 2009 diende te betalen, en wel inclusief onderhoud voor de 23 ten onrechte niet afgenomen ARMen."

3.25.2. ED wijst erop dat in hoofdstuk VIII van de MvG is vermeld:

"Geldvorderingen ter zake van de onderhoudskosten

194. Als uitgangspunt voor de berekening hiervan neemt Exact Dynamics de hierboven al genoemde productie uit de eerste instantie met nummer 40, thans overgelegd als *productie 39*. (...)

195. Uitgaande van een doorbetalingsverplichting tot in ieder geval 16 maart, respectievelijk 1 april 2009 leidt dit tot een correctie op de berekeningen in die productie zoals berekend in *productie 40 (vordering 6)*. Deze omvat de rente tot en met 30 juni 2012."

3.25.3. Het bovenste deel van de tabel van productie 40 (vordering 6) in hoger beroep vermeldt:

## Overzicht leveringen per jaar en onderhoudstermijnen

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
2002	86	85	68	53	53					
2003		56	56	56	56	56				
2004			100	100	100	100	100			
2005				67	67	67	67	67		
2006					7	7	7	7	7	
2007						1	1	1	1	1

3.25.4. Deze tabel vermeldt (van boven naar onderen) het aantal geleverde ARMen in een bepaald jaar en (van links naar rechts) de voor dat jaar en daarop volgende jaren verschuldigde (in totaal vijf) onderhoudstermijnen. Waarom in de bovenste regel de getallen na 2002 aflopen, is mij uit het debat niet duidelijk geworden, maar kan verder blijven rusten. Ik kijk verder naar de leveringen en onderhoudstermijnen in de jaren 2003 t/m 2007.

Het hierboven niet weergegeven vervolg van de tabel vermeldt dat het totaal aantal termijnen 1500 is, waarvan er 845 zijn betaald en  $(5 \times 24 =) 120$  zijn vooruitbetaald, zodat 535 te betalen termijnen resteren.

3.26. Volgens subonderdeel 2.4 blijkt uit deze productie dat in de opstelling van de onderhoudstermijnen geen rekening is gehouden met de 23 ARMen. Siza (s.t. nrs. 50.2-50.3) stelt dat dit niet blijkt uit deze productie. Volgens ED (replik nr. 20) blijkt dat wel: voor het in de vordering (535 onderhoudstermijnen) opgenomen zijn van de 92 onderhoudstermijnen is nodig dat in het bovenste deel van de tabel in het jaar 2006 ten minste een aantal van 23 geleverde ARMen is opgenomen. Dit zijn er evenwel maar 7 (en in 2007 slechts 1). Dat betekent dat de logica dicteert dat de 92 onderhoudstermijnen niet in de gevorderde 535 onderhoudstermijnen opgenomen zijn geweest, aldus ED.

3.27.1. ED leest de tabel correct. Dat blijkt uit de verschillende opstellingen die partijen hebben overgelegd in het kader van discussie over het abonnementskarakter van het onderhoud. In die discussie speelde de onderhavige kwestie overigens geen bijzondere rol.

3.27.2. De discussie kan met het oog op subonderdeel 2.4 als volgt worden samengevat.

(i) ED heeft aanvankelijk een bedrag aan openstaande onderhoudstermijnen berekend van in hoofdsom € 389.444, zoals gespecificeerd in productie 9 (vgl. vordering e in de inleidende dagvaarding en de Akte overlegging producties



d.d. 21 november 2007). Bijlage A bij de productie bevat voor de leveringen en onderhoudstermijnen in de jaren 2003 t/m 2007 dezelfde getallen als productie 40 in hoger beroep.

(ii) Siza heeft een rapport van BDO van 13 december 2006 in het geding gebracht (productie 13 bij CvA), waaruit zij – het abonnementskarakter van het onderhoud betwistend – afleidde dat haar te veel onderhoudstermijnen in rekening zijn gebracht.

(iii) ED heeft na tussenvonnis van 15 juli 2009 een door Lodder-Dales opgestelde, aangepaste berekening van haar vorderingen in het geding gebracht en haar vorderingen voorwaardelijk gewijzigd (Nadere conclusie tevens houdende akte van (voorwaardelijke) wijziging van eis d.d. 12 augustus 2009, nrs. 21-22 en productie 36 daarbij).

De opstelling in productie 36 berekent de vorderingen uit hoofde van onderhoud t/m juli 2009 op een bedrag van (in hoofdsom en zoals gespecificeerd in bijlage 1 op) € 559.680. In die opstelling is niet verwerkt het onderhoud voor de 23 ARMen. Deze is afzonderlijk berekend op een bedrag van (in hoofdsom en zoals gespecificeerd in bijlage 3) € 107.272. Bijlage 1 bevat voor de leveringen en onderhoudstermijnen in de jaren 2003 t/m 2007 dezelfde getallen als productie 40 in hoger beroep.<sup>26</sup>

(iv) Siza heeft in reactie daarop niet het onderscheid tussen bijlage 1 en bijlage 3 bij de opstelling in productie 26 van ED betwist (vgl. haar Akte uitlating d.d. 16 september 2009 nrs. 93-95).

(v) Na het tussenvonnis van 10 maart 2010 heeft ED als productie 40 (in eerste aanleg) een overzicht van leveringen per jaar en onderhoudstermijnen in het geding gebracht. Zij vermeldde daarbij dat voor de vaststelling van het aantal ARMen is uitgegaan van de aantallen die zijn weergegeven in de BDO-rapportage van 13 december 2006. Zij berekende haar vordering in deze productie echter op een hoger bedrag omdat zij thans, anders dan voorheen, stelde dat ook termijnen uit 2002 en 2003 nog openstonden (zie Conclusie na vonnis van 10 maart 2010 nrs. 24-26 en Akte overlegging producties d.d. 27 oktober 2010, productie 40). De rechtbank liet de hierin besloten liggende eiswijziging ten aanzien van de termijnen van vóór 2004 niet toe (eindvonnis van 22 juni 2011 rov. 2.3 en 2.10).

Met het oog op de door subonderdeel 2.4 opgeworpen kwestie kan echter worden geconstateerd dat productie 40 (in eerste aanleg) voor de leveringen en onderhoudstermijnen in de jaren 2003 t/m 2007 dezelfde getallen bevat als productie 40 in hoger beroep.

(vi) In hoger beroep heeft ED gebruikt gemaakt van de mogelijkheid om haar eis alsnog te wijzigen. Zij legde productie 40 in eerste aanleg opnieuw over, thans als productie 39 in hoger beroep.

Productie 40 in hoger beroep bevat voor de leveringen en onderhoudstermijnen in de jaren 2003 t/m 2007 dezelfde getallen, maar sluit door een wat andere renteberekening uit op een totaal van € 1.048.543 waarvan de hoofdsom € 623.810 bedraagt. Dit is vordering 6 voor de volgens ED nog te betalen 535 onderhoudstermijnen, die het hof heeft beoordeeld (zie rov. 4.1.43, eerste volzin TA).

(vii) In hoger beroep heeft ED haar vordering toegelicht op de wijze als vermeld bij 3.25.1 t/m 3.25.3. Siza heeft in haar MvA tevens MvG in incidenteel appel onder meer het abonnementskarakter bestreden, toewijzing gevorderd van haar reconventionele vordering (nr. 15.3 e.v.) en afwijzing van de vordering van ED (nr. 33.2 e.v.). In verband met dat laatste verwees zij op een onderdeel naar bijlage 2 bij de opstelling van Lodder-Dales (nrs. 33.9, 33.13, 33.14, 33.20). Met betrekking tot de 23 ARMen bestreed zij dat zij gehouden was tot betaling daarvan (nr. 24.1 e.v.).

3.27.3. Uit de verschillende opstellingen blijkt dat de aantallen in de bovenste helft van tabel 40 in hoger beroep niet omvatten de 23 niet-geleverde ARMen. Dit blijkt met name uit opstelling in productie 36 in eerste aanleg van ED, waarin in bijlage 3 deze ARMen afzonderlijk zijn vermeld (zie 3.27.2 onder (iii)). ED heeft dit onderscheid niet betwist. ED leest de tabel correct.

3.28. Betekent dit dat subonderdeel 2.4 dient te slagen? ED heeft in haar MvG nrs. 148-149 aangekondigd de onderhoudstermijnen voor de 23 ARMen te zullen vorderen, maar vervolgens verwezen naar haar productie 40 in hoger beroep zonder aan te geven dat volgens haar daarin deze onderhoudstermijnen niet waren opgenomen en dat

deze dus niet werden gevorderd. Onder die omstandigheden is op zichzelf voorstelbaar (a) dat het hof ervan uitgaat dat ED deze termijn wel vordert en (b) vervolgens het aantal van 535 gevorderde termijnen daarvoor corrigeert omdat het verweer van Siza dat zij de 23 ARMen niet hoeft te betalen impliceert dat zij ook de onderhoudstermijnen daarvoor niet hoeft te betalen. Daarbij dient te worden aangetekend dat partijen over deze kwestie geen debat hebben gevoerd.

Subonderdeel 2.4 poneert echter terecht – zij het summier – dat de 92 termijnen voor de niet geleverde ARMen nooit onderdeel van vordering 6 zijn geweest, omdat de 23 ARMen niet zijn geleverd en dus geen deel uitmaken van de 535 termijnen. Dat deze 535 termijnen niet de 92 termijnen voor de niet geleverde ARMen omvatten, kon ook Siza afleiden uit het dossier, mede gezien de afzonderlijke vermelding daarvan in de opstelling van Lodder-Dales en nu aan de berekening van het aantal termijnen door ED ten grondslag is gelegd aantallen geleverde ARMen die (naar ED onbestreden heeft gesteld) overeenkomen met de aantallen in het door Siza overgelegde BDO-rapport.

Subonderdeel 2.4 klaagt daarom terecht dat het oordeel van het hof dat de 92 termijnen moeten worden afgetrokken van de 535 termijnen onbegrijpelijk is.

3.29. Het slagen van subonderdeel 2.4 tast ook de berekening in rov. 4.13.10 TA aan en de daaraan verbonden gevolgtrekking omtrent de omvang van vordering 6 in deze overweging en in rov. 3.1 EA en het dictum van het eindarrest. In zoverre slaagt ook de voortbouwende klacht van *subonderdeel 2.5*.

3.30. Ik denk dat de Hoge Raad de zaak niet zelf kan afdoen. Op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht dat de veroordeling tot betaling van de onderhoudstermijnen eenvoudig kan worden aangepast. Het hof kwam uit op een bedrag van € 322.982 voor de onderhoudstermijnen. Van de 535 termijnen worden dan niet  $(61 + 103 + 92 =) 256^{27}$  termijnen afgetrokken, maar  $(61+103=)$  164 termijnen. De vordering komt dan uit op  $(535 - 164 =)$  371 termijnen à € 1.166,= = € 432.586,=.

De complicatie is dat het hof in rov. 4.13.10 TA aankondigt dat van het bedrag aan toewijsbare onderhoudstermijnen moet worden afgetrokken (a) de arbitragekosten van € 5.420,15, (b) het in 2007 verrekenende bedrag van € 53.396,53 en (c) de Loddervordering ad € 57.912,67 met de wettelijke rente daarover vanaf 15 november 2005 tot aan de datum van het eindarrest. Het hof berekent dat bedrag voorlopig op een hoofdsom van  $(322.982 - 5.420,15 - 53.396,53 =)$  € 264.165,32 te verminderen de Loddervordering en met de over de Loddervordering te vergoeden rente.

In het eindarrest wordt echter overwogen dat vordering 6 tot een bedrag van in hoofdsom € 264.165,32 zal worden toegewezen, met de wettelijke rente daarover vanaf acht dagen na betekening van het bestreden eindvonnis en vanaf 16 maart 2013 de wettelijke handelsrente (rov. 3.1 EA). Het dictum is dienovereenkomstig. De aftrek van de Loddervordering en de rente daarover lijkt hier te zijn verdwenen.

#### **4. Conclusie**

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden arresten.

#### **Hoge Raad**

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

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

a. de vonnissen in de zaak 162847/HA ZA 07-1801 van de rechtbank Arnhem van 5 november 2008, 1 december 2008, 15 juli 2009, 10 maart 2010 en 22 juni 2011;

b. de arresten in de zaak 200.095.323/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 maart 2016 en 17 januari 2017.

(...; red.)

## 2. Het geding in cassatie

(...; red.)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) ED produceert Assistent Robot Manipulators (hierna: ARMen), dat zijn robotarmen bestemd voor personen die aan een rolstoel zijn gebonden en functionele beperkingen hebben aan armen, handen of vingers. Tevens voert ED onderhoud en reparaties uit aan de ARMen.

(ii) Siza is een zorgverlenende instelling. Zij heeft ARMen verstrekt aan daarvoor geïndiceerde personen (hierna: de gebruikers). De productie van die ARMen en het onderhoud daarvan werden door ED verzorgd.

(iii) Op 29 mei 1997 hebben ED en (een rechtsvoorgangster van) Siza een distributieovereenkomst gesloten, waarbij aan Siza het recht is verleend om in de Benelux exclusief op te treden als distributeur van de door ED vervaardigde ARMen.

(iv) De distributieovereenkomst is per 1 juli 2006 geëindigd door opzegging van de kant van ED bij brief van 13 mei 2005.

(v) Met betrekking tot het onderhoud van de ARMen gold tussen partijen een onderhoudscontract, genaamd: "Manuscontract". Dit contract is in augustus 1998 gesloten tussen ED en (een rechtsvoorgangster van) Siza. Art. 2 van het Manuscontract voorziet in standaard onderhoud aan de in art. 1 aangewezen (eerste) productieserie ARMen en bijbehorende apparatuur. Dit onderhoud zou ingevolge art. 3 jaarlijks, gedurende vijf jaar tegen een vast tarief door ED worden uitgevoerd.

(vi) Namens Siza is bij brief van 4 juli 2006 het Manuscontract opgezegd met onmiddellijke ingang, althans per 1 januari 2007.

(vii) ED heeft daarop een kort geding tegen Siza aangespannen, naar aanleiding waarvan partijen op 19 juli 2006 een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten (hierna: de vaststellingsovereenkomst). Volgens art. 8 van de vaststellingsovereenkomst zouden de accountants van partijen onderling bepalen welke vorderingen er per 31 december 2005 tussen partijen bestonden, maar de accountants konden deze opdracht niet uitvoeren wegens onenigheid van partijen over de daarbij te hanteren uitgangspunten. Voor de periode vanaf 1 januari 2006 bevat de vaststellingsovereenkomst afspraken over betalingen door Siza en over een onderhoudsschema, waarin voor iedere ARM een tijdstip valt te lezen waarop deze voor het standaard onderhoud aan ED zou worden aangeboden.

(viii) Op 17 augustus 2007 heeft ED aan Siza meegedeeld dat zij de vaststellingsovereenkomst buitengerechtelijk ontbindt wegens door Siza gepleegde wanprestatie. In een kort gedingvonnis van 21 november 2007 is ED onder meer veroordeeld om de vaststellingsovereenkomst na te komen.

(ix) ED heeft bij brief van 23 november 2007 het Manuscontract opgezegd tegen 1 juni 2008.

3.2.1. In dit geding hebben partijen over en weer verschillende vorderingen ingesteld. In conventie vordert ED onder meer betaling van onderhoudstermijnen voor door haar aan Siza geleverde ARMen. De rechtbank heeft deze vordering gedeeltelijk toegewezen tot een bedrag van, in hoofdsom, € 263.516,= inclusief BTW.

In reconventie vorderde Siza onder meer terugbetaling van door haar gedane voorschotbetalingen tot een bedrag van € 176.295,= voor de aanschaf en de eerste onderhoudstermijn van 23 door haar bestelde, maar niet afgenomen ARMen. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen.

3.2.2. ED heeft hoger beroep ingesteld en daarbij haar eis vermeerderd. Voor zover in cassatie van belang, vordert ED in hoger beroep betaling van een bedrag in hoofdsom van € 623.810,= ter zake van 535 onderhoudstermijnen ter hoogte van € 1.166,= over de jaren 2002 t/m 2011. Voorts is het hoger beroep van ED gericht tegen de hiervoor in 3.2.1 vermelde toewijzing van de vordering in reconventie.

Siza heeft incidenteel beroep ingesteld. Dat beroep is door het hof ongegrond geoordeeld en speelt in cassatie geen rol meer.

3.2.3. Het hof heeft geoordeeld dat de hiervoor in 3.2.2 bedoelde vordering van ED tot betaling van onderhoudstermijnen is verjaard voor zover deze betrekking heeft op de jaren 2002 en 2003. In zijn tussenarrest heeft het hof terzake het volgende overwogen:

“4.13.5. ED vordert voor het eerst bij memorie van grieven 61 termijnen over 2002 en 103 termijnen over 2003. (...)

Aan toewijzing van de vordering staat (...) in de weg dat Siza zich in § 15.3, eerste gedachtestreepje van haar memorie van antwoord/grieven (in het kader van haar negende incidentele grief) op verjaring heeft beroepen. ED heeft op dit verjaringsberoep weliswaar gereageerd, maar zij deed dit voor het eerst in § 45 van haar pleitnota en wel uitsluitend aangaande de termijnen uit 2002. (...)

ED beroept zich op stuiting van de verjaring (...) maar had deze stuiting eerder kunnen invoeren. Bij het nemen van de memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep was de vaststellingsovereenkomst haar immers bekend. Zij merkt in § 62 van die memorie ten onrechte op dat de negende incidentele grief geen nieuwe elementen bevat.

De in artikel 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusieregel, die volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad strikt moet worden gehanteerd, laat het hof geen keuze: het hof moet voorbijgaan aan het stuitingsberoep, omdat dit te laat is gedaan en er hier geen bijzondere omstandigheden zijn, die een uitzondering op deze regel kunnen rechtvaardigen. In zoverre slaagt de negende incidentele grief.”

In het eindarrest heeft het hof overwogen:

“2.1.3. ED verlangt voorts heroverweging van rechtsoverweging 4.13.5 van het tussenarrest voor zover het hof daarin Siza's beroep op verjaring van onderhoudstermijnen over 2002 en 2003 heeft gehonoreerd. Volgens ED berust dit op een misvatting (...).

Welke misvatting ED hiermee heeft bedoeld, is het hof niet duidelijk. Wat wel duidelijk is, is dat ED het tussenarrest ook hier niet goed weergeeft: in dat arrest is het verjaringsberoep niet gehonoreerd op basis van enige bewijslastverdeling, maar op de grond van het uitblijven van tijdig verweer tegen de ingeroepen verjaring. De bevoegdheid van de rechter om op eindbeslissingen terug te komen is niet zo ruim, dat deze ook de gevolgen daarvan ongedaan kan maken.

Binnen dit kader is voor een goed begrip nog het volgende van belang: ED heeft voor het eerst bij memorie van grieven (...) verduidelijkt dat zij (ook) betaling vordert van onderhoudstermijnen over de jaren 2002 en 2003. Dit heeft aan Siza het beroep op verjaring ontlokt. (...) ED had zich bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep op stuiting kunnen beroepen, maar heeft dat nagelaten. Zonder een beroep op stuiting stond het hof niet vrij om (derhalve: 'ambtshalve') te onderzoeken of een ingeroepen verjaring is gestuit: de burgerlijke rechter moet in dit opzicht lijdelijk zijn. Het had op de weg van ED gelegen om die stuiting uiterlijk bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep in te roepen. Stelplichten ter zake van stuiting van verjaring rusten immers in beginsel op degene die zich op de stuiting beroept.

Het honoreren van het verjaringsberoep berust dus evenmin op een vergissing.”

3.2.4. Met betrekking tot de vordering van Siza in reconventie (zie hiervoor in 3.2.1) heeft het hof geoordeeld dat Siza na de opzegging van de distributieovereenkomst door ED niet gehouden was om deze bestelde, maar nog niet geleverde ARMen af te nemen.

De vordering van ED tot betaling van onderhoudstermijnen is daarom naar het oordeel van het hof niet toewijsbaar voor zover het gaat om onderhoudstermijnen voor die 23 ARMen. Het hof heeft daarover in het tussenarrest overwogen:

“4.13.9. (...) Nu, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, de abonnementsverplichting van Siza is blijven doorlopen (...) kan ED betaling verlangen van de onderhoudstermijnen, ongeacht of Siza de ARMen voor onderhoud aan ED ter beschikking heeft gesteld. Dit is anders wat betreft de 23 ARMen die Siza niet hoefde af te nemen doordat ED die op 1 juni 2006 nog niet had geleverd. Siza heeft verweer gevoerd tegen een verplichting tot betaling van de aanschafprijs daarvan. Daarvan maakt één onderhoudstermijn deel uit. Logisch is dat zij ook ontkent verplicht te zijn tot betaling van de andere vier termijnen per ARM – ook ED heeft dit begrepen, getuige § 148 van de memorie van grieven.

Het hof zal de vordering tot betaling over de periode 2008 en later toewijzen, behoudens waar het gaat om de 4 x 23 termijnen die Siza niet hoeft te betalen doordat de order tot levering daarvan niet is uitgevoerd (zie § 148 en § 149 memorie van grieven).

4.13.10. Vordering 6 zal worden afgewezen voor zover zij strekt tot betaling van 61 termijnen over 2002, 103 termijnen over 2003 en 92 termijnen over 2008 en later. Van de gevorderde betaling van 535 onderhoudstermijnen worden (61 + 103 + 92 =) 258 termijnen a € 1.166 incl BTW afgewezen. Vordering 6 is dus toewijsbaar tot een bedrag van € 322.982  $\{(535 - 258) \times € 1.166\}$ , waarop in mindering strekken (...). Vordering 6 is daarom toewijsbaar tot een hoofdsom van € 264.165,32 (...)

In zijn eindarrest heeft het hof (in conventie) Siza veroordeeld om aan ED een bedrag van in hoofdsom € 264.165,32 te betalen.

3.3.1. Onderdeel 2.1 is gericht tegen de honorering van het beroep op verjaring van de vordering tot betaling van de onderhoudstermijnen voor de jaren 2002 en 2003. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat een uitzondering op de tweeconclusieregel gerechtvaardigd is indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat het punt alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken. Volgens het onderdeel heeft Siza bij pleidooi ondubbelzinnig ermee ingestemd dat het bij pleidooi gedane beroep op stuiting van de verjaring alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep werd betrokken.

3.3.2. Deze klacht faalt. De reactie van de advocaat van Siza bij pleidooi, waarop het onderdeel zich beroept, luidt volgens het proces-verbaal van de pleitzitting van 4 november 2013, p. 4:

“Over de verjaring is ook iets gezegd, maar ik vind dat nu lastig om op te reageren. Die is niet gestuit volgens mij. Er is geen derde benoemd, dat zou de procedure-afspraken zijn, als we er niet uit komen samen. Het is hier nooit van gekomen.”

Kennelijk heeft het hof uit deze reactie afgeleid dat Siza niet ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat het bij pleidooi gedane beroep op stuiting alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep werd betrokken. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is geenszins onbegrijpelijk.

3.3.3. Opmerking verdient nog het volgende. ED heeft bij memorie van grieven in het principaal beroep onderhoudstermijnen over 2002 en 2003 gevorderd. Siza heeft bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, voor het eerst de verjaring van die vordering ingeroepen. Het beroep op verjaring was derhalve een verweer in het principale beroep. Daaraan doet niet af dat dat beroep op verjaring mede was opgenomen in de toelichting op de negende incidentele grief. Die ‘grief’ strekte immers blijkens de vaststelling van het hof (rov. 3.4 van het eindarrest) niet tot wijziging van de beslissing in eerste aanleg, maar slechts tot het voeren van verweer tegen een vordering (van ED) die in eerste aanleg niet was toegewezen.

Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale

beroep (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, NJ 2014/175). De memorie van antwoord in het incidentele beroep biedt de geïntimeerde in dat beroep dan ook geen gelegenheid om te reageren op in het principale beroep gevoerde, nieuwe verweren. Het oordeel van het hof dat ED op het verjaringsverweer had kunnen en moeten reageren bij memorie van antwoord in het incidentele hoger beroep, en dat daarom het voor het eerst bij pleidooi gedane beroep op stuiting van de verjaring niet tijdig was, is derhalve onjuist. In het principale beroep was het pleidooi immers de eerste gelegenheid voor ED om op het verjaringsverweer van Siza te reageren. Het middel bevat echter geen klacht van deze strekking.

3.4. Onderdeel 2.4 is gericht tegen de (hiervoor in 3.2.4 geciteerde) rov. 4.13.9 en 4.13.10 van het tussenarrest. Het onderdeel bevat de klacht dat het hof op de gevorderde 535 onderhoudstermijnen ten onrechte 92 termijnen voor het onderhoud van de 23 niet-geleverde ARMen in mindering heeft gebracht. Volgens het onderdeel is het hof daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, althans is het oordeel onbegrijpelijk, omdat de vordering tot betaling van 535 onderhoudstermijnen niet mede deze 92 termijnen omvatte.

Deze klacht slaagt op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.25-3.28.

3.5. Ook onderdeel 3.5 slaagt voor zover het voortbouwt op de hiervoor in 3.4 gegrond bevonden klacht.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen niet 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.

3.7. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Het hof heeft een bedrag van € 264.165,32 toegewezen ter zake van onderhoudstermijnen (zie hiervoor in 3.2.4). Bij dat bedrag dient te worden opgeteld het ten onrechte in mindering gebrachte bedrag voor 92 onderhoudstermijnen van € 1.166,=, derhalve € 107.272,=. Aldus zal ter zake van onderhoudstermijnen worden toegewezen een bedrag van (€ 264.165,32 + € 107.272,=) = € 371.437,32.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 maart 2016 en 17 januari 2017, voor zover Siza is veroordeeld om aan ED binnen acht dagen na betekening van dat arrest een bedrag van € 264.165,32 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf acht dagen na de betekening van het eindvonnis tot 16 maart 2013, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 16 maart 2013 tot de dag van de algehele betaling, en in zoverre opnieuw recht doende:

veroordeelt Siza om aan ED binnen acht dagen na betekening van dit arrest een bedrag van € 371.437,32 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf acht dagen na de betekening van het eindvonnis van de rechtbank tot 16 maart 2013, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 16 maart 2013 tot de dag van de algehele betaling;

veroordeelt Siza in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ED begroot op € 6.665,60 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

#### **Noot**

#### **Inleiding**

1. ED levert door haar geproduceerde robotarmen voor mensen met functionele beperkingen aan zorginstelling Siza op grond van een distributieovereenkomst. ED onderhoudt de armen op grond van een met Siza gesloten onderhoudscontract.

2. Er ontstaat een geschil over beëindiging van de overeenkomsten en over hetgeen partijen over en weer van elkaar te vorderen hebben. ED vordert in conventie betaling door Siza van bepaalde onderhoudstermijnen. In reconventie vordert Siza terugbetaling van voorschotbetalingen voor aanschaf en onderhoud van uiteindelijk niet afgenomen robotarmen. De rechtbank heeft de vordering in conventie gedeeltelijk en de vordering in reconventie geheel toegewezen.

3. ED appelleert. Bij memorie van grieven vermeerderd ED haar eis en vordert zij onder meer betaling van achterstallige onderhoudstermijnen over de jaren 2002-2011. ED grieft voorts tegen de toewijzing van Siza's reconventionele vordering.

4. Bij memorie van antwoord verweert Siza zich tegen ED's grieven en stelt zij incidenteel beroep in. In de toelichting op haar incidentele grieven stelt Siza dat de onderhoudstermijnenvordering waarmee ED haar eis vermeerderd heeft, voor de jaren 2002-2003 verjaard is.

5. ED gaat in haar incidentele memorie van antwoord niet in op dit verjaringsverweer. Eerst bij pleidooi beroept zij zich op stuiting van de verjaring. Ter zitting gaat Siza op de stuiting in en merkt zij op dat het lastig is daar meteen op te reageren.

6. Het hof oordeelt dat ED's stuitingsberoep te laat is. De strikt te hanteren tweeconclusieregel brengt volgens het hof mee dat het beroep op stuiting bij memorie van antwoord in het incidentele beroep had moeten worden gedaan. Nu er volgens het hof geen bijzondere omstandigheden zijn die een uitzondering op de tweeconclusieregel rechtvaardigen, ziet het hof geen andere mogelijkheid dan voorbij te gaan aan het stuitingsberoep.

7. In cassatie klaagt ED dat het hof aldus miskent dat Siza ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat het stuitingsberoep in de rechtsstrijd werd betrokken, hetgeen een uitzondering op de tweeconclusieregel rechtvaardigt. Die klacht faalt, zo oordeelt de Hoge Raad in r.o. 3.3.2, nu het hof uit de uitlatingen van de advocaat van Siza kennelijk heeft afgeleid dat geen ondubbelzinnige toestemming werd gegeven en dat oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk is. Dat oordeel verbaast niet in het licht van andere recente jurisprudentie van de Hoge Raad hierover (zie bijv. recent nog HR 22 december 2017, **ECLI:NL:HR:2017:3238**, «JBPr» 2018/9, m.nt. G.C.C. Lewin, *NJ* 2018/31 (*K./Jonkers*), r.o. 3.3.3).

8. Vervolgens ziet de Hoge Raad aanleiding om buiten het middel om in r.o. 3.3.3 enkele overwegingen te wijden aan 's hofs oordeel dat het stuitingsberoep tardief is. Deze noot beperkt zich verder tot dit onderwerp. Het arrest is inmiddels ook gepubliceerd in *NJ* 2018/318 met (alleen) een redactionele aantekening.

### **Zelfstandige positie incidenteel appel**

9. Het verjaringsverweer van Siza ziet op de termijnenvordering waarmee ED in het principale beroep haar eis heeft vermeerderd, voor zover het de jaren 2002-2003 betreft. Dat Siza dit verweer (mede) had opgenomen in de toelichting op de incidentele grieven doet er volgens de Hoge Raad niet aan af dat het een verweer in het principale beroep betreft. Deze "grief" strekt immers niet tot wijziging van het dictum in eerste aanleg, maar tot afwijzing van de vordering in het principale beroep die in eerste aanleg niet was toegewezen, zoals het hof in r.o. 3.4 van zijn eindarrest (**ECLI:NL:GHARL:2017:292**) had vastgesteld.

10. Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale beroep (HR 8 februari 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY6699**, «JBPr» 2013/17, m.nt. B.T.M. van der Wiel, *NJ* 2014/175, m.nt. H.J. Snijders (*ALTO Noord Verzekeringen*), r.o. 3.4). De memorie van antwoord in het *incidentele* beroep bood ED aldus geen gelegenheid om in te gaan op het nieuw verweer in het *principale* beroep. Het pleidooi was daarvoor de eerste gelegenheid. 's Hofs oordeel dat ED op het verjaringsverweer had kunnen en moeten reageren bij memorie van antwoord in het incidentele beroep en dat daarom het stuitingsberoep bij pleidooi niet tijdig was, is dan ook onjuist, zo oordeelt de Hoge Raad. Zie in vergelijkbare zin HR 6 oktober 2017, **ECLI:NL:HR:2017:2567**, «JBPr» 2018/5, m.nt. G.C.C. Lewin, *NJ* 2018/143, m.nt. H.B. Krans (*W./Artesia*), r.o. 3.4.3.

11. Als gezegd heeft het hof geoordeeld dat het in het kader van een incidentele grief verpakte verjaringsverweer het

principale beroep betrof. Dat lijkt in tegenspraak met de zelfstandigheid van principaal en incidenteel beroep, maar is het niet. De vraag of een stelling in een memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel ziet op het principale dan wel op het incidentele beroep, is een kwestie van uitleg. Daarvoor is niet beslissend of de stelling is ingenomen onder het kopje “incidenteel beroep”, maar hoe de stelling redelijkerwijs moet worden opgevat. Siza’s verjaringsverweer laat zich niet anders opvatten dan als een verweer tegen de termijnevorderingen voor de jaren 2002-2003 en kan dus niet anders worden uitgelegd dan als betreffende het principale beroep.

### **Beroep op stuiting bij pleidooi in strijd met tweeconclusieregel?**

12. ’s Hofs oordeel dat het stuitingsberoep te laat was *omdat* het bij memorie van antwoord in het incidentele beroep had kunnen en moeten worden gedaan, is onjuist vanwege de processueel zelfstandige positie van het incidentele hoger beroep, zo oordeelt de Hoge Raad. Het pleidooi was voor ED aldus de eerste gelegenheid om op het verjaringsverweer te reageren. Over de vraag of het stuitingsberoep bij pleidooi tijdig was, geeft de Hoge Raad daarmee strikt genomen nog geen uitsluitel. Die vraag moet worden beantwoord aan de hand van de eisen van een goede procesorde in het algemeen en de tweeconclusieregel in het bijzonder. Wij beginnen met dit laatste.

13. Ingevolge de tweeconclusieregel moeten in het belang van concentratie van het processuele debat alle grieven in beginsel bij eerste gelegenheid daartoe worden aangevoerd. Geïntimeerden hoeven geen rekening te houden met nadere grieven naar aanleiding van hun verweer. De rechtsstrijd is na de memories in beginsel afgebakend (art. 347 lid 1 Rv en o.m. HR 20 juni 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC4959](#), NJ 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Sniijders (*Willemsen/NOM*), r.o. 4.2.2). Naar inmiddels vaste rechtspraak worden als grieven aangemerkt alle gronden (ook verweren, feiten en eiswijzigingen) die strekken of leiden tot wijziging van het dictum van de bestreden uitspraak en die voldoende kenbaar als zodanig naar voren zijn gebracht (zie o.m. *Willemsen/NOM*, r.o. 4.2.1). Ook voor nieuwe gronden en verweren van geïntimeerde, die niet als grief zijn aan te merken omdat zij niet tot een ander dictum strekken, geldt de memoriewisseling als deadline. Zo was haar memorie van antwoord voor Siza in deze zaak de deadline voor haar beroep op verjaring. Zie bijv. B.T.M. van der Wiel, *TCR* 2012/3.1, par. 9 en de daar besproken rechtspraak.

14. De tweeconclusieregel beperkt partijen niet in het nader ontwikkelen en preciseren van tijdig aangevoerde grieven, gronden en verweren voor zover zij daarbij binnen de grenzen blijven van de door die argumenten getrokken grenzen (zie voor grieven bijv. HR 27 april 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BV1301](#), «JBPr» 2012/43, m.nt. B.T.M. van der Wiel, NJ 2012/293 (*Beeldbrigade/Hulskamp*), r.o. 3.9). Of sprake is van een tardieve grief, grond of weer, dan wel van een toelaatbare precisering, is een kwestie van uitleg van de processtukken. De feitenrechter heeft daarbij aldus enige manoeuvreerruimte.

15. In de rechtspraak is een aantal uitzonderingen aanvaard op de regel dat op na de memoriewisseling aangevoerde grieven, gronden en verweren geen acht wordt geslagen. De hiervoor aan de orde gekomen ondubbelzinnige toestemming vormt zo’n uitzondering. Zie nader Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/107-115.

16. Het eerst bij pleidooi gedane stuitingsberoep van ED is een (tegen)weer die ertoe diende het verjaringsverweer van Siza onschadelijk te maken en daarmee ED’s eerder bij vermeerdering ingestelde eis, waartegen het verjaringsverweer van Siza zich richtte, te “redden”. Het stuitingsberoep blijft aldus binnen de door de vermeerderde eis van ED en Siza’s verjaringsberoep getrokken grenzen van het debat in hoger beroep (zie voor deze maatstaf HR 23 maart 2007, [ECLI:NL:HR:2007:AZ7619](#), «JBPr» 2008/2, m.nt. B.T.M. van der Wiel, NJ 2007/333, m.nt. M.R. Mok (*ABN AMRO/Van Velzen*), r.o. 4.3 en de hiervoor aangehaalde uitspraak *Beeldbrigade/Hulskamp*). Uit de overwegingen van de Hoge Raad in *ED/Siza* lijkt te volgen dat hij het aanvoeren van een nieuwe weer na de memoriewisseling toelaatbaar acht als deze nieuwe weer (i) een reactie vormt op een nieuw argument van de wederpartij en (ii) binnen de door de memoriewisseling getrokken grenzen van het debat in appel valt. Is dit nu een nieuwe uitzondering op de tweeconclusieregel? Daar kan verschillend over worden gedacht. Een ontkennend verweer van ED tegen Siza’s beroep op verjaring (bijvoorbeeld: de verjaringstermijn is nog niet verstreken) is volgens ons zonder meer toelaatbaar op grond van de maatstaf van *ABN AMRO/Van Velzen*. ED’s beroep op stuiting is een bevrijdend verweer en kan hierom als “echte” nieuwe (tegen)weer worden gezien. Het toelaten hiervan na memoriewisseling kan worden gezien als uitzondering op de tweeconclusieregel (die immers uitgaat van de memoriewisseling als deadline voor nieuwe



weren), maar ook worden beschouwd als (zuivere) voortzetting van het debat binnen de in de memoriewisseling getrokken grenzen, zodat het argument niet door de tweeconclusieregel wordt geraakt.

17. De vraag dringt zich op hoe de uitspraak *ED/Siza* zich verhoudt tot HR 22 juni 2007, **ECLI:NL:HR:2007:BA3032**, «JBPr» 2008/3, m.nt. B.T.M. van der Wiel, *NJ* 2007/344 (*Maclaine Pont/De Haan*). Maclaine Pont vorderde schadevergoeding van De Haan op grond van wanprestatie. De rechtbank wees de vordering af op grond van De Haans beroep op een exonerationclausule. Maclaine Pont riep in hoger beroep bij memorie van grieven de vernietigbaarheid van de exonerationclausule in. De Haan verweerde zich bij memorie van antwoord daartegen door de verjaring van de vernietigingsvordering in te roepen. Net als ED in het onderhavige geval, greep Maclaine Pont zijn eerste kans om het verjaringsverweer onschadelijk te maken met een tegenverweer: Maclaine Pont stelde bij pleidooi dat hij voorafgaand aan het starten van de procedure de exonerationclausule al buitengerechtelijk heeft vernietigd. Die stelling behelsde een nieuwe grief, waar het hof dan ook stilzwijgend als tardief aan voorbij mocht gaan, aldus de Hoge Raad.

18. Het verschil tussen *Maclaine Pont/De Haan* en de hier geannoteerde zaak is dat de stelling van Maclaine Pont bij pleidooi dat de clausule buitengerechtelijk al zou zijn vernietigd, meer is dan een “redden” van de grief dat de clausule (nog) door de rechter vernietigd zou moeten worden: het is een zelfstandige grief tegen de op de exoneration gebaseerde afwijzing van de vordering van Maclaine Point door de rechtbank. Maclaine Pont treedt met zijn beroep op de buitengerechtelijke vernietiging bij pleidooi aldus buiten de grenzen van het debat in appel zoals hij die in zijn memorie van grieven heeft getrokken.

### Goede procesorde

19. Als een nieuw argument in appel door de beugel van de tweeconclusieregel (inclusief de uitzonderingsgronden) kan, is daarmee nog niet gezegd dat de timing van het standpunt ook (overigens) strookt met de eisen van een goede procesorde. De tweeconclusieregel kan worden gezien als een uitwerking van de eisen van een goede procesorde, de werking van de goede procesorde als maatstaf voor de tijdigheid van nieuwe argumenten is daartoe evenwel niet beperkt. Zo heeft de Hoge Raad in HR 19 juni 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BI8771**, «JBPr» 2009/39, m.nt. B.T.M. van der Wiel, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders (*Wertenbroek q.q./Van Vlerken c.s.*), r.o. 2.4.4 slot geoordeeld dat indien zich een grond voor uitzondering op de tweeconclusieregel voordoet “[o]nverkort blijft (...) gelden dat toelating van de nieuwe grief of de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde.”

20. De eisen van de goede procesorde kunnen meebrengen dat geen acht wordt geslagen op nieuwe stellingen en feiten omdat de wederpartij onvoldoende reactiemogelijkheid heeft gehad of omdat nader onderzoek nodig zou zijn waarvoor het geding geen gelegenheid meer biedt (HR 6 april 1979, **ECLI:NL:HR:1979:AH8595**, *NJ* 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*) en de verdere rechtspraak besproken bij Ras/Hammerstein 2017/29). Ook kunnen de eisen van de goede procesorde in verband met het belang van hoor en wederhoor met zich brengen dat een nadere reactiemogelijkheid geboden zal moeten worden alvorens acht wordt geslagen op nieuwe stellingen of feiten, bijvoorbeeld in het geval aannemelijk is dat een partij een nieuw feit niet eerder naar voren had kunnen brengen. Een procespartij moet in beginsel kunnen reageren op nieuwe stellingen voordat de rechter er zijn oordeel op mag baseren (art. 19 Rv en de rechtspraak genoemd door T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 19, aant 7, alsmede bijv., HR 26 april 1991, **ECLI:NL:HR:1991:ZC0225**, *NJ* 1992/407, m.nt. J.B.M. Vranken en HR 22 februari 2008, **ECLI:NL:HR:2008:BB9670**, *NJ* 2008/124).

21. In deze zaak zullen de eisen van hoor en wederhoor vergen dat ED mag reageren op Siza's verjaringsverweer, omdat het hof de zaak niet buiten dit verweer om kan beslissen. Van ED kan in het algemeen niet worden gevergd dat zij voorafgaand aan pleidooi een akte neemt om te reageren (zie bijv. het hiervoor aangehaalde arrest *W./Artesia*, r.o. 3.4.3). Voor ED was het pleidooi dus de eerste gelegenheid voor haar beroep op stuiting. Nu Siza kennelijk onvoldoende in staat was op haar beurt bij pleidooi op ED's beroep op stuiting te reageren (zie r.o. 3.3.2 en par. 5 hiervoor) dient zij hiertoe gelegenheid te krijgen, wil het hof ED's beroep op stuiting in aanmerking kunnen nemen. Een dergelijke verlenging van de appelprocedure kan worden voorkomen door een reactie op een in de memorie van antwoord ingeroepen nieuw verweer, hoewel dit niet vereist is, in een akte neer te leggen die zo tijdig voor pleidooi ter

beschikking wordt gesteld dat de wederpartij hierop bij pleidooi kan reageren.

mr. drs. B.T.M. van der Wiel en mr. L.V. van Gardingen, advocaten bij Houthoff

## Voetnoten

**1**

De feiten zijn vastgesteld in het tussenvonnissen van de rechtbank Arnhem van 15 juli 2009 (rov. 2.1 t/m 2.24). Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is hier ook van uitgegaan (zie rov. 3 van het tussenarrest van 15 maart 2016).

**2**

Stichting Exploitatie Het Dorp.

**3**

Revalidatietechniek Het Dorp B.V.

**4**

Zie rov. 4.6 van het tussenarrest van 15 maart 2016 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

**5**

Zie rov. 2.1 van het eindvonnis van 22 juni 2011 van de rechtbank Arnhem.

**6**

Deze vordering van Siza op ED wordt ook wel aangeduid als de Loddervordering.

**7**

Zie rov. 2.2 van het tussenarrest.

**8**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 17 januari 2017, [ECLI:NL:GHARL:2017:292](#).

**9**

17 april 2017 was Tweede Paasdag zodat krachtens art. 1 lid 1 in verbinding met art. 3 lid 1 Algemene termijnenwet de cassatietermijn eindigde op 18 april 2017.

**10**

Zie in subonderdeel 2.1 en subonderdeel 2.1.1, onderaan p. 9 en bovenaan p. 10 van de procesinleiding.

**11**

De regel is niet beperkt tot het aanvoeren van grieven. Ook dienen in het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen eventueel (a) nieuwe feiten te worden gesteld, (b) de (grondslag van de) eis te worden veranderd, of (c) nieuw verweer gevoerd te worden. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Wesseling-van Gent onder 2.5 bij HR 22 december 2017, [ECLI:NL:HR:2017:3238](#).

**12**

HR 26 april 1991, [ECLI:NL:HR:1991:ZC0225](#), NJ 1992/407, m.nt. J.B.M. Vranken; H.E. Ras en A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 2017, nr. 28 e.v.; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/106 e.v.; H.J. Snijders en A. Wendels, Civiel Appel Deventer: Kluwer 2009, nr. 162 e.v.

**13**

Het middel verwijst naar HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#), NJ 2010/154 m.nt. H.J. Snijders.

**14**

Proces-verbaal van de zitting van het hof van 4 november 2013, blad 4 onderaan.

**15**

Vgl. HR 15 oktober 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AD4660](#), NJ 2000/21 m.nt. P.A. Stein, rov. 3.4; HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AU1712](#), NJ 2006/471 ([.../...]), rov. 3.4; HR 14 maart 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC1231](#), NJ 2008/466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, [JOR 2008/152](#) m.nt. Y. Borrius, rov. 4.3.2.; E. van Geuns en M.V.E.E. Jansen, GS Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 347 Rv, aant. 4; H.J. Snijders en A. Wendels, Civiel appel, Deventer: Kluwer 2009, nr. 162 en Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/108; B.T.M. van der Wiel, 'De in beginsel strakke regel', TCR 2012/3, onder para. 11.

**16**

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/108.

**17**

Vgl. HR 22 december 2017, [ECLI:NL:HR:2017:3238](#), NJ 2018/31, rov. 3.3.3.

**18**

Vgl. HR 15 oktober 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AD4660](#), NJ 2000/21 m.nt. P.A. Stein, rov. 3.4.

**19**

HR 29 december 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1943](#), NJ 1996/418 m.nt. P.A. Stein (*Buyck/Van den Aamele*). Zie voorts F.J.P. Lock in R.J.B. Boonekamp en W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 3:307 BW.

**20**

Akte overlegging producties van 21 november 2007. Weliswaar betreft deze productie ook de jaren 2002-2003 (zoals ED stelt, vgl. repliek nrs. 7-9), maar de rechtbank leidde eruit af dat de termijnen tot en met 2003 waren voldaan (vonnis van 10 maart 2010, rov. 2.20). Nadien heeft ED gesteld dat ook termijnen uit 2002 en 2003 niet zijn betaald (Conclusie na vonnis van 10 maart 2010 en Akte overlegging producties d.d. 27 oktober 2010, productie 40), maar de

rechtbank heeft de daarin besloten liggende eisenwijziging niet toegelaten (eindvonnis van 22 juni 2011, rov. 2.10).

**21**

HR 15 april 2016, **ECLI:NL:HR:2016:663**, NJ 2016/222.

**22**

Verwezen wordt naar Akte overlegging producties d.d. 21 augustus 2012 (zijdens ED) prod. 3 en naar de MvA MvG in incid. appel (zijdens Siza) prod. 26-30.

**23**

De s.t. nr. 2.8 van ED gaat echter weer uit van toepasselijkheid van de FME-voorwaarden.

**24**

HR 4 november 2016, **ECLI:NL:HR:2016:2517**, NJ 2017/384 m.nt. J. Hijma, rov. 5.2.

**25**

Zie MvG nr. 148 en in cassatie de repliek voetnoot 7.

**26**

In Bijlage 1 zijn blijkens de aanbiedingsbrief van Lodder-Dales (blad 1 onderaan) de 24 vooruit betaalde termijnen verwerkt. Deze zien dus niet op de 23 niet-geleverde ARMen.

**27**

Het hof vermeldt abusievelijk 258.

---