

■ Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

HR 28 september 2012, LJN BX0598

Pretium is een aanbieder van telecommunicatiediensten. In een uitzending van 'TROS Radar' is de wijze van telefonische klantenwerving door Pretium kritisch besproken. In de uitzending zijn beelden gebruikt van een cursus die door een medewerker van TROS zijn gemaakt met een verborgen camera bij het callcenter dat destijds voor Pretium werkte. Pretium heeft TROS vervolgens gedagvaard voor de Rechtbank 's-Gravenhage en heeft gevorderd voor recht te verklaren dat TROS ter zake onrechtmatig heeft gehandeld. Incidenteel heeft Pretium gevorderd dat TROS het volledige beeld- en geluidmateriaal zal afgeven aan Pretium.

De rechtbank heeft de incidentele vordering toegewezen waarop TROS hoger beroep tegen dit incidentele vonnis heeft ingesteld. De rechtbank heeft vervolgens in een rolbeschikking tussentijds hoger beroep van dit vonnis opengesteld. De advocaat van TROS heeft deze rolbeschikking naar het hof gefaxt. Het hof heeft TROS in hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep. Het overwoog dat het incidentele vonnis van de rechtbank een tussenvonnis is waarvan ingevolge artikel 337 lid 2 Rv hoger beroep slechts mogelijk is tegelijk met het eindvonnis, en dat gesteld noch gebleken is dat de rechtbank de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep van haar vonnis heeft opengesteld. TROS stelde in hoger beroep voorts nog dat het appèlverbod kon worden genegeerd op grond van de zogenaamde 'doorbrekingsjurisprudentie'. Volgens TROS zou de rechtbank ten onrechte artikel 10 EVRM buiten toepassing hebben gelaten zodat sprake is van een kennelijke juridische misslag en bovendien van een ernstig vormverzuim waardoor niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Het hof oordeelde echter dat

de rechtbank het beroep op artikel 10 EVRM wel heeft beoordeeld, maar tot de conclusie is gekomen dat hierop geen inbreuk is gemaakt. Van een oneerlijke en partijdige behandeling van de zaak is dan ook niet gebleken.

TROS heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad overweegt dat de betreffende rolbeschikking kennelijk als gevolg van een tekortkoming van de interne administratieve organisatie van het hof die niet voor risico van TROS komt, niet bekend was bij de kamer van het hof die over de onderhavige zaak had te oordelen. Het oordeel van het hof dat gesteld noch gebleken is dat de rechtbank de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep heeft opengesteld, is dus onjuist. Pretium heeft incidenteel beroep in cassatie ingesteld. Pretium stelde dat het hof heeft miskend dat in deze casus de 'doorbrekingsjurisprudentie' niet van toepassing is in het geval van artikel 337 lid 2 Rv. Het hof is immers zonder voorbehoud ingegaan op de door TROS aangevoerde argumenten hieromtrent. De Hoge Raad oordeelt dat het middel terecht is voorgesteld nu de 'doorbrekingsjurisprudentie' – 'waarmee wordt bedoeld dat de eiser ondanks een wettelijk appèlverbod toch in zijn vordering kan worden ontvangen indien hij stelt dat de rechter buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende regeling is getreden, deze ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken' – niet van toepassing is in het geval van artikel 337 lid 2 Rv. Dit artikel sluit de bevoegdheid tot appèl immers niet uit, maar regelt slechts het moment waarop deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend.

Beide partijen hebben in cassatie de vraag aan de orde gesteld of een appelland, ondanks een wettelijk appèlverbod, moet worden ontvangen in zijn beroep ingevolge de hier

bedoelde 'doorbrekingsjurisprudentie' om de enkele reden dat hij een schending van artikel 10 EVRM aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. De Hoge Raad oordeelt dat voor doorbreking van een wettelijk appèlverbod alleen grond is in het geval dat 'bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel door de rechter is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken'. Dit is niet het geval indien de lagere rechter een onjuist oordeel heeft gegeven, ook al betreft dat oordeel artikel 10 EVRM.

HR 5 oktober 2012, LJN BV6698

Op 18 april 2001 hebben de aandeelhouders van Grapofex hun aandelen verkocht aan Ciba. In artikel 7.5 van de (Duitstalige) koopovereenkomst verklaren partijen zich bekend met een (Engelstalige) arbeidsovereenkomst waarnaar in dat artikel wordt verwezen. Deze arbeidsovereenkomst is opgenomen in bijlage 5 bij de koopovereenkomst. Uit deze arbeidsovereenkomst blijkt dat Grapofex de pensioenverplichtingen jegens eiser zal voortzetten. Deze pensioenverplichtingen zijn opgenomen in een aanvullende (Nederlandstalige) arbeidsovereenkomst die als bijlage bij de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Deze aanvullende arbeidsovereenkomst is niet door partijen ondertekend maar uitsluitend door Ciba gearafeerd. Eiser heeft bij de rechtbank gevorderd dat Grapofex haar pensioenverplichtingen jegens hem zal nakomen. Zowel de Rechtbank Leeuwarden als het Hof Leeuwarden heeft geoordeeld dat aan de aanvullende arbeidsovereenkomst geen dwingende bewijskracht toekomt omdat niet is voldaan aan het vereiste van ondertekening zoals bedoeld in artikel 156 lid 1 en 3 Rv. De rechtbank en het hof overwogen hiertoe dat eiser er in de gegeven omstandigheden niet op mocht vertrouwen dat Grapofex toestemde in het sluiten van een aanvullende arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad oordeelt dat een paraaf kan gelden als een ondertekte-

ning in de zin van artikel 156 lid 1 Rv 'indien de paraaf de desbetreffende persoon in voldoende mate individualiseert'. Het is niet van belang of de persoon die het document parafeert de taal waarin het document is opgesteld machtig is of niet. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof Arnhem.

HR 12 oktober 2012, LJN BX5801

Deze zaak betrof een octrooigeschil. Bij de rechtbank is door drie afzonderlijke eisers een vordering ingesteld met betrekking tot de geldigheid van een Europees octrooi en een aanvullend beschermingscertificaat. De rechtbank heeft de vorderingen van deze drie eisers gezamenlijk behandeld en heeft na rolvoeging bij één vonnis over de vorderingen beslist.

De vraag die aan de Hoge Raad voorligt, is of in een dergelijk geval met één dagvaarding een rechtsmiddel mag worden aangewend tegen de uitspraken in de verschillende zaken gezamenlijk. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt dat er bij één dagvaarding of verzoekschrift een rechtsmiddel mag worden aangewend indien op grond van subjectieve cumulatie, voeging of rolvoeging bij één vonnis/arrest/beschikking uitspraak is gedaan. De Hoge Raad verwijst hierbij naar een arrest van de Hoge Raad d.d. 9 mei 1958 (NJ 1959, 321).

Literatuur

J.H. van Dam-Lely, 'De voorlopige voorziening hangende de bodemprocedure. De reikwijdte van art. 223 Rv, TCR 2012-3

In 2002 heeft de voorlopige voorziening voor de dagvaardingsprocedure in artikel 223 een volwaardige plaats gekregen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In dit artikel staat de vraag naar de reikwijdte van de voorlopige voorziening hangende de procedure centraal.

M.O.J. de Folter, 'Rauwelijks dagvaarden in de verklaringsprocedure', BER 2012-6

De auteur belicht in dit artikel de problemen die zich kunnen voordoen bij de toepassing van de verklaringsprocedure bij derdenbeslag. Daarbij wordt specifiek ingegaan

op de relatie tussen de derdenbeslagene en de geëxecuteerde mede aan de hand van recente rechtspraak en literatuur. Centraal staat hierbij het rauwelijks dagvaarden.

S. Kok

CMS Derks Star Busmann

■ Verbintenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

HR 21 september 2012, LJN BW6135

In 2003 heeft eiseres verbouwwerkzaamheden verricht aan de woning van verweerder. Op deze verbouwwerkzaamheden waren de algemene voorwaarden van eiseres van toepassing. In deze algemene voorwaarden is onder andere opgenomen dat alle geschillen tussen partijen worden beslecht door arbitrage. Na de verbouwwerkzaamheden was verweerder van mening dat eiseres ondeugdelijke werkzaamheden had uitgevoerd en verweerder heeft eiseres dan ook gedagvaard voor de Rechtbank Leeuwarden.

Eiseres heeft gesteld dat de Rechtbank Leeuwarden onbevoegd was omdat op grond van haar algemene voorwaarden de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd was van het geschil kennis te nemen. Zowel de rechtbank als het hof heeft dit beroep afgewezen. Het hof heeft hiertoe overwogen dat een arbitragebeding niet is opgenomen in de grijze en zwarte lijst van artikel 6:236 en 6:237 BW en daarom moet worden getoetst aan de open norm van artikel 6:233 aanhef en onder a BW. De invulling van die norm moet volgens het hof in overeenstemming zijn met de Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het hof oordeelt dat bij een arbitragebeding de consument wordt afgehouden van de rechter die de wet hem toekent zonder dat hij zich daarvan bewust zal zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst en zonder dat hierover is onderhandeld. Daarnaast noemt het hof verschillende nadelen die arbitrage voor consumenten meebrengt in vergelijking met een procedure voor de overheidsrechter. Tot slot wijst het hof

op het Voorontwerp Herziening Arbitragewet waarin als uitgangspunt is genomen dat een arbitragebeding vernietigbaar is als de consument geen keuze wordt gelaten tussen de overheidsrechter of arbitrage. Het hof komt daarom tot het oordeel dat in de onderhavige zaak het arbitragebeding oneerlijk is in de zin van de richtlijn en onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 aanhef en onder a BW.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. De Hoge Raad overweegt dat het aan de nationale rechter is om op basis van de concrete omstandigheden van het geval te onderzoeken of een bepaald beding oneerlijk is in de zin van de richtlijn en derhalve onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 BW. Het oordeel van het hof steunt niet op de concrete omstandigheden van het geval maar op een algemene motivatie waarom een arbitragebeding onredelijk bezwarend is. Het hof heeft daarmee als het ware het arbitragebeding op de zwarte lijst van artikel 6:236 BW geplaatst. Dit geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

HR 28 september 2012, LJN BW7507

Eiser heeft een rechtsbijstandsverzekering afgesloten bij DAS. Op de verzekeringsovereenkomst zijn de algemene voorwaarden van DAS van toepassing. Hierin is onder andere opgenomen: 'Indien ingevolge de voorwaarden of naar de mening van DAS een zaak aan een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige buiten DAS uitbesteed moet worden, heeft de verzekerde het recht deze naar eigen keuze aan de wijzen.' Eiser heeft een geschil met zijn werkgever en wil dit geschil voorleggen aan de kantonrechter. Eiser meldt dit geschil bij DAS en verzoekt DAS dekking voor de kosten van een door hemzelf gekozen advocaat. DAS geeft aan dekking te verlenen door middel van rechtsbijstand van een eigen werknemer van DAS. DAS biedt geen dekking voor de kosten van de door eiser gekozen advocaat. Eiser heeft in kort geding gevorderd dat DAS de kosten van de door eiser gekozen advocaat dient te vergoeden. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. Het hof

overweegt daartoe dat het recht op vrije advocaatkeuze niet reeds ontstaat door het besluit om een procedure te voeren maar dat daarvoor ook nodig is het besluit van de rechtsbijstandsverzekeraar dat de zaak niet door een werknemer van die verzekeraar wordt verricht maar door een externe rechtshulpverlener.

Van belang is artikel 4:67 Wft dat is gebaseerd op artikel 4 van de richtlijn van 22 juni 1987 betreffende de coördinatie van een rechtsbijstandsverzekering (87/344/EEG). Voor zover relevant bepaalt dit artikel dat de voorwaarden bij een rechtsbijstandsverzekering uitdrukkelijk moeten bepalen dat de verzekerde vrij is om 'een advocaat of andere persoon die volgens het nationale recht gekwalificeerd is' te kiezen indien een zodanige persoon 'wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen'. Van belang is wat wordt verstaan onder de woorden 'wordt gevraagd'.

De Hoge Raad overweegt dat de considerans van de richtlijn zonder enige beperking het belang van de verzekerde om zelf zijn advocaat te kiezen centraal stelt. Daarnaast is van belang dat niet alle vertalingen van de richtlijn de woorden 'wordt gevraagd' gebruiken. Gezien vooraanstaande redenen is het volgens de Hoge Raad verdedigbaar dat verzekerde het recht moet worden geboden op een vrije keuze van zijn rechtshulpverlener indien een procedure wordt gevoerd. Maar daartegenover staat dat de Hoge Raad niet zonder twijfel kan vaststellen dat de richtlijn zou verhinderen dat een rechtsbijstandsverzekeraar het recht op vrije keuze van een advocaat beperkt tot het geval dat verzekeraar besluit de procedure uit te besteden. Gezien het feit dat de rechtsbijstandsverzekering wordt aangeboden tegen een verhoudingsgewijs lage premie, ligt bij een vrije keuze van een advocaat een premiestijging voor de hand. De Hoge Raad oordeelt dat daarom sprake is van een kwestie van evident maatschappelijk belang, die het stellen van vragen aan het Hof van Justitie rechtvaardigt.

De Hoge Raad stelt daarom de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie:

'1. Laat art. 4 lid 1 van Richtlijn 87/344/EEG toe dat een rechtsbijstandsverzekeraar die in zijn polissen regelt dat rechtsbijstand in gerechtelijke of administratieve procedures in beginsel zal worden verleend door werknemers van de verzekeraar, tevens nog bedingt dat de kosten van rechtsbijstand van een door een verzekerde vrij gekozen advocaat of rechtsbijstandverlener slechts onder de dekking vallen indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed?

2. Maakt het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil of voor de desbetreffende gerechtelijke of administratieve procedure rechtsbijstand wel of niet verplicht is?'

HR 5 oktober 2012, LJN BW8307

Delata heeft met (de rechtsvoorganger van) Tyco een softwareovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst houdt onder andere in dat Delata minimaal twee keer per jaar een update van de software zou leveren aan Tyco en dat Tyco jaarlijks een bedrag betaalt voor de in dat jaar te verlenen diensten. Tussen partijen is een geschil ontstaan over het feit dat Delata na 2006 geen software updates meer heeft geleverd aan Tyco en dat Tyco niet heeft betaald voor 2007. Tyco heeft vervolgens de overeenkomst ontbonden. Delata heeft bij de rechtbank gevorderd Tyco te veroordelen tot betaling van het overeengekomen jaarlijkse servicebedrag. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen onder meer op de grond dat het beroep van Tyco op ontbinding van de softwareovereenkomst slaagt. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Tyco veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 68 267: Tyco heeft niet binnen bekwame tijd na ontdekking van het tekortschieten van Delata geklaagd (artikel 6:89 BW). Daarnaast is volgens het hof geen sprake van een tekortkoming over het jaar 2006, zodat Tyco niet bevoegd was de betaling op te schorten en niet aan de vereisten voor ontbinding was voldaan. Tot slot kwam Tyco geen beroep toe op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 lid 1 BW nu Tyco op het moment dat zij zich hierop beriep, zelf in verzuim verkeerde ten aanzien van de betaling van die factuur.

De Hoge Raad oordeelt dat ingevolge artikel 6:263 lid 1 BW de partij die verplicht is het eerst te presteren, niettemin bevoegd is de nakoming van haar verbintenissen op te schorten, indien na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenoverstaande verplichtingen niet zal nakomen. Tyco heeft aangevoerd dat zij de factuur over 2007 ondanks de overeengekomen betalingstermijn niet hoefde te voldoen, omdat zij goede grond had te vrezen dat Delata haar verplichtingen niet zou nakomen. Het dealercontract tussen Delata en Autec was immers per 1 januari 2007 beëindigd, zodat Delata niet langer toegang had tot de software-updates. Het hof heeft de door Tyco gestelde vrees gegrond bevonden, hetgeen volgens de Hoge Raad meebrengt dat Tyco ingevolge artikel 6:263 lid 1 BW niet binnen de overeengekomen termijn behoefde te betalen en zich daartoe – ook voor het eerst na het verstrijken van die termijn – kon beroepen op haar in dit artikel bedoelde opschortingsrecht. De Hoge Raad vernietigt derhalve het arrest van het hof. De Hoge Raad oordeelt tevens dat een ontbinding de partijen bevrijdt van de 'daardoor getroffen verbintenissen' en dat een partij door de ontbinding van de overeenkomst ook over een reeds verstreken periode van haar verbintenissen kan worden bevrijd (artikel 6:271 BW).

Literatuur

P. Meijer, 'Passagiersrechten in het luchtvervoer: erop of eronder', *TvC* 2012-4

Ruim zeven jaar is verstreken sinds de Verordening (EG) nr. 261/2004 betreffende oneerlijke handelspraktijken van luchtvaartmaatschappijen in werking trad op 11 februari 2004. Binnen afzienbare termijn zal het Hof van Justitie een uitspraak doen die van groot belang zal zijn voor de toekomst van de rechten van vliegtuigpassagiers. In deze bijdrage geeft de auteur mede aan de hand van de eigen praktijk van passagiersclaims een overzicht van de ontwikkelingen over de afgelopen jaren.

Kuipers & F.P. Sickinghe, 'Autoriteit Consument en Markt: De grote visvijver voor de overheid', *Mediaforum* 2012-9, p. 280-285

Met de Autoriteit Consument en Markt (ACM) wordt per 1 januari 2013 een supertoezichthouder in het leven geroepen met vergaande bevoegdheden betreffende het gebruik en de uitwisseling van gegevens en inlichtingen over ondernemingen. Terwijl ten aanzien van (de uitbreiding van) de overige bevoegdheden van de ACM een uitgebreide consultatie heeft plaatsgevonden, worden de bevoegdheden omtrent het gebruik en de uitwisseling van gegevens binnen en door de ACM met de Instellingswet haast onopgemerkt van kracht, zonder dat er sprake is van juridische waarborgen voor ondernemingen. De auteurs gaan in op de mogelijkheden tot aanvulling van artikel 7 lid 3 onderdeel c Instellingswet met juridische waarborgen.

A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012-5

Het arrest *Fortis/Bourgonje* roept de vraag op wanneer proportionele aansprakelijkheid wel of niet toelaatbaar is. Uit de rechtspraak over dit onderwerp blijkt de nauwe verwevenheid met andere leerstukken zoals het bewijs van causaal verband, de omkeringsregel en de 'eigen schuld' van artikel 6:101 BW. Wie zoekt naar algemene lijnen voor de toepasselijkheid van het ene dan wel het andere leerstuk, moet concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad de nodige vragen openlaat. In dit artikel wordt de stand van zaken geïnventariseerd en worden enkele suggesties gedaan voor een nadere systematisering van dit terrein.

H.J.S.M. Langbroek, 'De ingebrekestelling: een nieuwe update', *ORP* 2012-6

Is nakoming niet blijvend onmogelijk, dan is de in artikel 6:74 BW neergelegde regel eerst van toepassing wanneer de schuldenaar in verzuim is. De bevoegdheid een overeenkomst te ontbinden wegens een tekortkoming in de nakoming ontstaat ook pas wanneer de schuldenaar in verzuim is. De auteur gaat

uit van het vertrekpunt dat een ingebrekestelling noodzakelijk is om verzuim te doen intreden. Wat zijn dan de aan die ingebrekestelling te stellen eisen en moet aan die eisen strak de hand worden gehouden? Op die vragen wordt ingegaan aan de hand van met name de feitenrechtspraak van de laatste (ruim) twee jaar.

S. Kok

CMS Derks Star Busmann