

Procesrecht algemeen

Jurisprudentie

Verschoningsrecht advocaat in dienstbetrekking

HR 15 maart 2013, LJN BY6101

In dit arrest staat de vraag centraal of een advocaat in dienstbetrekking een beroep kan doen op het verschoningsrecht. Daarnaast gaat de Hoge Raad in op de vraag of het instellen van sprongcassatie in een verzoekschriftprocedure mogelijk is. H9 Invest en Sunoil hebben een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor gedaan. Tijdens het voorlopig getuigenverhoor is aan eiser 1, gemachtigde van Delta N.V., de vraag gesteld wat er tijdens een bijeenkomst, waarbij eiser 1, twee directieleden van Delta N.V. en de bij Delta N.V. in dienst zijnde advocaat (eiser 2) aanwezig waren, door laatstgenoemde is gezegd. Eiser 1 stelt zich naar aanleiding van die vraag op het standpunt dat hij, nu eiser 1 in zijn hoedanigheid van advocaat aanwezig was bij die besprekingen, een afgeleid verschoningsrecht heeft. De rechtbank heeft dit beroep van eiser 1 verworpen.

Onder verwijzing naar een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 september 2010 (LJN BN8974 (Akzo-arrest)) oordeelt de rechtbank dat aan een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt.

De Hoge Raad gaat eerst in op de ontvankelijkheid van het beroep. Artikel 398 Rv, dat sprongcassatie mogelijk maakt tegen vonnissen die in eerste ressort op tegenspraak zijn gewezen, is in artikel 426 lid 4 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de verzoekschriftprocedure. Ingeval echter alle partijen en belanghebbenden aan wie het recht van hoger beroep toekomt, hebben ingestemd met een sprongcassatieberoep nadat een beschik-

king in eerste aanleg is gegeven, is er geen grond om dat beroep niet toe te staan, aldus de Hoge Raad.

De onderhavige zaak betreft een voorlopig getuigenverhoor, waarin aan de orde is of een getuige gerechtigd is om met een beroep op een verschoningsrecht een hem gestelde vraag niet te beantwoorden. Indien de rechter beslist dat de getuige dat recht mist, kan alleen de getuige daartegen beroep instellen. Hij dient dat beroep in te stellen tegen de verzoekers van het voorlopig getuigenverhoor en degene die door hen overeenkomstig artikel 187 Rv in hun verzoekschrift tot het houden van dat verhoor als wederpartij zijn aangewezen. Daarom dient in dat geval door al die partijen met het sprongcassatieberoep te worden ingestemd. Daarvan is in casu niet ten aanzien van alle partijen gebleken. Ondanks dat eiser niet-ontvankelijk is in zijn cassatieberoep, ziet de Hoge Raad redenen zich uit te laten over het cassatiemiddel. Hierbij stelt de Hoge Raad voorop dat het Akzo-arrest niet buiten het Unierechtelijke mededingingsrecht valt. Volgens de Hoge Raad is in Nederland reeds geruime tijd aanvaard dat een advocaat in dienstbetrekking werkzaam kan zijn (HR 10 november 1939, *Adv.bl.* 1940, p. 92-93, en HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 212). Eveneens geruime tijd geleden heeft het College van Afgvaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten publiekrechtelijke regelingen vastgesteld waaraan de advocaat in dienstbetrekking en zijn werkgever zijn gebonden. Op grond van deze regelingen is de werkgever van een advocaat in loondienst verplicht een professioneel statuut te ondertekenen en zich daarmee te verbinden om een onafhankelijke praktijkuitoefening te eerbiedigen en de ongestoorde naleving van de beroeps- en gedragsregels van de advocaat te bevorderen, inclusief die met betrekking tot zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Gezien de Nederlandse praktijk en de waarborgen die aldus in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbe-

trekking bestaan, is geen grond om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontfangen op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is, aldus de Hoge Raad.

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

HR 8 februari 2013, LJN BY4889

In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad een door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht uit hoofde van artikel 392 Rv gestelde prejudiciële vraag. Het geding voor de voorzieningenrechter is terug te voeren op een verschil van inzicht over de uitleg van het arrest HR 26 juni 1992, LJN ZC0646, *NJ* 1993, 449 (*Rabobank/Visser*). De deurwaarder is van mening dat uit dat arrest volgt dat de rechtsverhouding tussen partijen in de akte zelf moet zijn omschreven, en dat de rechten en verplichtingen daarin zodanig moeten zijn omschreven dat duidelijk is voor welke vorderingen de executie plaatsvindt, hetgeen met de onderhavige akte niet het geval is. Rabobank c.s. stellen zich op het standpunt dat de akte mede betrekking heeft op de ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestaande vorderingen uit hoofde van de drie geldleningen, dat beide partijen daarvan op de hoogte waren, en dat de vorderingen voldoen in de akte zijn omschreven door de woorden 'al hetgeen de bank blijkens haar administratie van (verweerder c.s.) te vorderen heeft uit hoofde van verstrekte geldleningen' in verbinding met de zogenoemde boekenclausule betreffende de bewijskracht van de administratie van de bank. In dit kader heeft de voorzieningenrechter de volgende prejudiciële vraag gesteld:

'Levert de grosse van de tussen partijen opgemaakte notariële hypotheekakte tevens een executoriale titel op in de zin van art. 430 Rv, voor de na uitwinning van het hypotheekrecht overgebleven restantvorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening die ten tijde

van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestonden?’

De Hoge Raad neemt bij de beantwoording van een prejudiciële vraag als uitgangspunt dat deze vragen kunnen worden gesteld voordat de relevante feiten definitief zijn vastgesteld. In een prejudiciële procedure kunnen voorts niet alleen partijen, maar ook anderen opmerkingen maken waarmee de Hoge Raad rekening kan houden. Dit heeft tot gevolg dat de Hoge Raad niet is gebonden aan de feiten die zijn vastgesteld door de rechter die de vraag heeft gesteld, al zal hij in beginsel wel van die feiten uitgaan. Aan de Hoge Raad komt derhalve in een prejudiciële procedure een grotere beoordelingsvrijheid toe dan in cassatie. Opmerking verdient voorts dat indien in het verdere verloop van de procedure blijkt dat de feiten anders zijn dan waarvan de Hoge Raad bij de beantwoording van die prejudiciële vraag is uitgegaan, de Hoge Raad in een daaropvolgende cassatieprocedure niet aan zijn antwoord is gebonden.

Het oordeel in de zaak *Rabobank/Visser* houdt voor zover in deze zaak van belang in dat de grosse van een zodanige akte – buiten de bevoegdheid die het hypotheekrecht biedt om het verbonden goed uit te winnen – geen executoriale titel oplevert voor enige vordering waarop die akte doelt, derhalve ook niet voor vorderingen die ten tijde van het verlijden van de akte reeds bestaan maar daaraan niet verdergaand zijn omschreven dan in de desbetreffende akte het geval was. Nu de akte in het arrest *Rabobank/Visser*, voor zover van belang, inhoudelijk gelijkkluidend is aan die in het onderhavige geschil, kan volgens de Hoge Raad ook de laatste akte, volgens hetgeen dat arrest leert, geen executoriale titel opleveren voor de restantvorderingen waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft. De Hoge Raad ziet – kort gezegd – geen aanleiding om in dit geval anders te oordelen dan in de zaak *Rabobank/Visser*.

Niet-ontvankelijkheid eisers wegens het ontbreken van grieven

HR 29 maart 2013, LJN BY7843
In dit arrest vernietigde de Hoge Raad het arrest van het hof waarin

niet-ontvankelijkheid van eisers is uitgesproken wegens het ontbreken van grieven. Achtergrond is dat eisers in hoger beroep akte is verleend wegens het niet-tijdig dienen van grieven. De zaak heeft op 28 juni, 9 augustus en 6 september 2011 op de rol gestaan voor het nemen van memorie van grieven zijdens eisers. Het hof heeft bij arrest van 4 oktober 2011 eisers niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep bij gebreke van grieven.

Eisers voeren aan dat zij door het hof ten onrechte niet-ontvankelijk zijn verklaard en beroepen zich daartoe op een samenloop van omstandigheden van overwegend feitelijke aard, de redelijke verwachtingen die zij onder deze omstandigheden omtrent het verdere verloop van de procedure mochten koesteren, en hun recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM. Deze samenloop van omstandigheden bestond in de niet-ontvangst van de peremptoirstelling door verweerster in de brief door de advocaat van de wederpartij van 12 augustus 2011, en het feit dat het elektronische roljournaal in de desbetreffende periode niet toegankelijk was. De redelijke verwachtingen die zij onder deze omstandigheden omtrent het verdere verloop van de procedure mochten koesteren, berusten op het in het Landelijk rolreglement vastgelegde rechtelijk beleid ingeval geen peremptoirstelling en akte niet dienen is aangezegd. De Hoge Raad oordeelt dat de door eisers gestelde samenloop van omstandigheden – van de juistheid waarvan in cassatie voorshands moet worden uitgegaan – tegen de achtergrond van het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een effectieve toegang tot de civiele rechter van dien aard is, dat niet voor hun risico dient te komen dat zij op 20 september 2011 nog niet van grieven hadden gediend. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

Literatuur

P.E. Ernste, ‘Go or no go? De toepassing van de hardheidsclausule bij niet-tijdige betaling van het griffierecht’, *NTBR* 2013-3

De heffing van het griffierecht vindt sinds eind 2010 plaats voorafgaand aan de procedure. Indien het griffie-

recht door eisende of verzoekende partij te laat wordt voldaan, kan dit ertoe leiden dat de sanctie niet-ontvankelijkheid of ontslag van instantie wordt uitgesproken. Deze sanctie kan achterwege blijven indien de rechter van oordeel is dat toepassing daarvan zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de hardheidsclausule.

I. Giesen, F. Kristen, L. Enneking, E. de Kezel, L. van Lent & P. Willemssen, ‘Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure. Meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik’, *NJB* 2013-8

Het indienen van wrakingsverzoeken lijkt oneigenlijk ingezet te worden aangezien het steeds vaker wordt gedaan maar minder vaak wordt gehonoreerd. Dit komt de rechtspleging niet ten goede. In deze bijdrage maken auteurs een rechtsvergelijking van de wrakingsprocedures in een tiental andere rechtsstelsels om op deze wijze inspiratie op te doen voor de verbetering van ons eigen rechtsstelsel voor wat betreft de wrakingsprocedure.

D.C. Theunis
CMS Derks Star Busmann

S. Baks
CMS Derks Star Busmann

Verbindenissenrecht/ consumentenrecht

Jurisprudentie

Aansprakelijkheid maatschap en individuele maten afzonderlijk

HR 15 maart 2013 LJN BY7840
In dit arrest liet de Hoge Raad zich uit over de aansprakelijkheid van een (advocaten)maatschap en van de individuele maten afzonderlijk van de maatschap waartoe zij behoorden. Aanleiding hiervoor was een beroepsaansprakelijkheidsprocedure die een ex-cliënt van de maatschap (‘eiseres’) had aangespannen tegen de bij de maatschap werkende advocaten, die middels hun praktijkvennootschappen maat waren van de maatschap. Ter inleiding van deze procedure had de ex-cliënt niet (tevens) de maatschap (aan wie zij de opdrachten had verstrekt) gedagvaard, maar slechts de indivi-

duale advocaten die op het briefpapier van de maatschap waren vermeld.

Het hof achtte de vorderingen van eiseres niet toewijsbaar. Het hof oordeelde dat eiseres een contract had gesloten met de maatschap en dat zij daarom de maatschap in rechte diende te betrekken. Bij het dagvaarden van een openbare maatschap kon eiseres volgens het hof een keuze maken tussen het dagvaarden van de maatschap en het dagvaarden van de gezamenlijke maten. Indien de gezamenlijke maten worden gedagvaard, moeten de (rechts)personen worden gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding deelnamen als maat in de maatschap, aldus het hof. Indien nodig zal de maatschap daarvoor de namen en woonplaatsen van de maten moeten opgeven. Ten tijde van dagvaarding bestond de maatschap echter niet uit verweerders (de advocaten zelf), maar uit hun praktijkvennootschappen.

In cassatie vernietigde de Hoge Raad het arrest van het hof. De Hoge Raad stelde daarbij voorop dat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft. Een met een maatschap gesloten overeenkomst zorgt ervoor dat de individuele maten tegenover de wederpartij persoonlijk aansprakelijk zijn voor de nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Indien er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, zijn de maten op grond van de artikelen 7A:1679-7A:1681 BW aansprakelijk voor gelijke delen. Ingeval evenwel, zoals hier, sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van artikel 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt. Vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig (en in dat geval bij toewijzing worden verhaald op het afgescheiden vermogen van de maatschap). De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen

die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor genoemde persoonlijke aansprakelijkheid. Anders dan het hof overwoog, volgt uit het feit dat met de maatschap is gecontracteerd, niet dat de maatschap in rechte moet worden betrokken. De Hoge Raad vernietigde het arrest en verwees de zaak naar een ander hof.

Afgebroken onderhandelingen

HR 1 maart 2013, LJN BY6755

In deze zaak staat de vraag centraal of verweester er in beginsel op mocht vertrouwen dat de met Greenib gesloten intentieverklaring zou worden omgezet in een volwaardige dealerovereenkomst, en/of het afbreken van de onderhandelingen door Greenib, gezien de wederzijdse betrokken belangen, in beginsel onaanvaardbaar moet worden geacht.

Het hof had geoordeeld, uitgaande van de maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsverplichting bij afgebroken onderhandelingen die is geformuleerd in HR 12 augustus 2005, LJN AT7337, NJ 2005, 467, dat de onderhandelingen zich ten tijde van het afbreken daarvan reeds in een vergevorderd stadium bevonden. Het hof oordeelde vervolgens dat verweester op grond van de omstandigheden er in beginsel op mocht vertrouwen dat de met Greenib gesloten intentieverklaring na het gereedkomen van de verbouwing zou worden omgezet in een volwaardige dealerovereenkomst. Aan dit vertrouwen heeft Greenib bijgedragen door het sluiten van de intentieverklaring, waarin gedetailleerde afspraken zijn gemaakt gericht op het dealership en waarvan Greenib wist (althans moest weten) welke zwaarwegende betekenis hieraan binnen de autobranche wordt toegekend, door de hoge investeringen die zij als voorbereiding op het dealership van verweester heeft verlangd en door de wijze waarop zij verweester reeds als Hyundai-dealer heeft geïntroduceerd en behandeld. Gelet op de hoge investeringen in de verbouwing van haar showroom had verweester ook een groot financieel belang bij het uiteindelijke dealership, van welk belang Greenib op de hoogte was. Op grond hiervan is het hof tot het

oordeel gekomen dat het afbreken van de onderhandelingen door Greenib, gezien de wederzijds betrokken belangen, in beginsel onaanvaardbaar moet worden geacht. Dat leidt echter uitzondering, aldus het hof, indien komt vast te staan dat verweester gedurende de onderhandelingen aan Greenib bewust onjuiste informatie heeft verstrekt omtrent de voortgang van het bouwproces en de aanvraag van de hiervoor benodigde vergunningen. Greenib is niet in dit bewijs geslaagd. Het hof concludeert dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is jegens verweester en dat dit ook aan Greenib kan worden toegerekend. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.

Uitleg overeenkomst, criterium

HR 5 april 2013, LJN BY8101

Lundiform vordert van Mexx nakoming van de aanvankelijk mondeling en later schriftelijk vastgelegde overeenkomst.

De rechtbank heeft de vordering van Lundiform afgewezen. Het hof heeft vastgesteld dat het geschil tussen partijen is toegespitst op twee punten, te weten de uitleg van artikel 3 van de tussen partijen gesloten overeenkomst en zogenaamde 'slow/non movers', zijnde eerder in voorraad genomen, tot de inrichting van Mexx-winkels bestemde goederen, die Mexx nog slechts zelden of helemaal niet meer afnam. Het hof neemt als uitgangspunt dat het hier gaat om de uitleg van een commerciële overeenkomst, gesloten tussen professioneel opererende partijen die over de inhoud van de overeenkomst hebben onderhandeld, terwijl de overeenkomst ertoe strekt de wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen. Onder deze omstandigheden komt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen grote betekenis toe. Deze overeenkomst bevat onder meer een zogenoemde 'entire agreement clause'. Het door het hof geformuleerde uitgangspunt impliceert dat partijen ook aan een dergelijke 'entire agreement clause' gebonden zijn. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. De toepasselijkheid van het door het hof geformuleerde uitgangspunt is onvoldoende gemoti-

veerd in het licht van de door Lundiform aangevoerde stellingen, te weten (i) dat partijen niet over de schriftelijke overeenkomst hebben onderhandeld, in het bijzonder niet over de tekst van artikel 3, (ii) dat Lundiform bij de totstandkoming van de overeenkomst niet werd bijgestaan door een jurist, en (iii) dat het modelcontract was opgesteld door het 'legal department' van Mexx. Indien deze stellingen juist zijn vervalt daarmee de door het hof genoemde reden om bij de uitleg van de overeenkomst groot gewicht toe te kennen aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen. Voorts overweegt de Hoge Raad dat, ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval mee kunnen brengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Indien het hof dat niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd door stilzwijgend aan genoemde stellingen van Lundiform voorbij te gaan. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

Literatuur

N.C. Voortman & T. Voortman,
'Onvoorziene omstandigheden en
afgebroken onderhandelingen',
ORP 2013-3

Artikel 6:258 BW wordt terughoudend toegepast. In de maatstaf van de Hoge Raad bij de beoordeling van aansprakelijkheid in geval van afgebroken onderhandelingen, wordt expliciet verwezen naar 'onvoorziene omstandigheden'. In deze bijdrage wordt onderzoek gedaan naar de wijze waarop de onvoorziene omstandigheden een rol spelen bij afgebroken onderhandelingen.

M.B.M. Loos, 'Consumentenrecht
in de lucht: ontwikkelingen in het
Europees passagiersluchtvervoer-
recht', NTER 2013-1

Dit artikel geeft een bespreking van de rechtspraak over de uitleg van de Verordening Instapweigering, annulering en langdurige vertraging van vluchten.

W.H. van Boom, 'Hypothecair kre-
diet aan consumenten – een over-
zicht', TvC 2012-6

De consumentenrechtelijke kant van hypothecaire kredietverlening is de laatste jaren sterk tot ontwikkeling gekomen. De verhouding tussen de toepasselijke regels is echter niet altijd duidelijk. Er zijn vele verschillende soorten regelingen en meerdere 'rechtstoepassers' zoals de civiele rechter en alternatieve geschilbeslechters als het klachteninstituut Kifid. In deze bijdrage poogt de auteur ordening aan te brengen in het veld.

D.C. Theunis
CMS Derks Star Busmann

S. Baks
CMS Derks Star Busmann