

NIEUWSBRIEF 2010/5

november 2010

- 1. Vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekering*
- 2. Herbevestigen concurrentiebeding bij verlenging tijdelijke arbeidsovereenkomst*
- 3. Aansprakelijkheid commanditaire vennoot*
- 4. Uitsluiten van ontbinding in koopovereenkomst*

1. Vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekering

Rechtsbijstandverzekeraars behoren op grond van de wet een verzekerde de gelegenheid te geven zelf een advocaat te kiezen als het tot een procedure is gekomen. De verzekeraar mag voorstellen doen en advocaten aanbevelen, doch dat kan niet zover gaan dat daarmee de verzekerde wordt gedwongen een bepaalde advocaat te kiezen, bijvoorbeeld een advocaat die met de verzekeraar tariefafspraken (fixed fees) heeft gemaakt.

Nadat de bevoegdheidsgrens voor de kantonrechterzaken van EUR 5.000 tot EUR 25.000 zal zijn verhoogd (per 1 juli 2011), zullen veel zaken niet langer onder het procesmonopolie van de advocaten vallen. Dit betekent dat rechtsbijstandsverzekeraars in veel meer gevallen de bijstand in natura zullen willen leveren, dus door eigen juristen. De verzekerde mag volgens de meeste polissen niet zomaar naar een advocaat gaan. Doet de verzekerde dat wel, dan verliest hij de dekking onder de polis.

Wanneer geldt de vrije keuze voor een advocaat?

De wet bepaalt dat het recht op vrije advocaatkeuze bestaat er ingeval een

procedure is ingesteld, bij de gewone rechter of bij de administratieve rechter.

In het algemeen lijken verzekeraars zich op het standpunt te stellen dat bij procedures waarbij bijstand van een advocaat niet verplicht is gesteld (het zogenaamde procesmonopolie van de advocaat), het recht van vrije advocaatkeuze niet geldt.

In het Advocatenblad verscheen recent een artikel, waarin het standpunt van verzekeraars kritisch belicht wordt, met een beroep op de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis. Uit de toelichting op de wet moet blijken dat de verzekeraar *bij elke procedure* de verzekerde de kans zou moeten geven een advocaat naar keuze de zaak te laten behandelen. Dus ook bij een arbeidsgeschil bij de kantonrechter, of een procedure met een belang van minder dan 5.000 of (na 1 juli 2011) EUR 25.000 euro.

De argumenten lijken op eerste gezicht overtuigend, doch zij zijn voor zover ons bekend, nog niet getoetst door een rechter.

2. Herbevestigen concurrentiebeding bij verlenging tijdelijke arbeidsovereenkomst noodzakelijk?

Recent verschenen in de jurisprudentie: Een kantonrechter te Helmond moest oordelen over een geval, waarin een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde duur was overeengekomen, te weten een jaar. In de arbeidsovereenkomst was een concurrentiebeding opgenomen. Een concurrentiebeding moet schriftelijk overeengekomen worden. Alleen dan is het beding geldig. Een dergelijk vormvereiste kennen wij ook bij het proeftijdbeding. Ook dat moet schriftelijk overeengekomen worden.

Ingeval de overeenkomst na verloop van die bepaalde tijd wordt voortgezet zonder dat werkgever en werknemer er een woord aan wijden, voorziet de wet in een *stilzwijgende* verlenging. Die verlenging houdt in dat de arbeidsovereenkomst opnieuw, met dezelfde

duur en onder dezelfde arbeidsvoorwaarden geldt. Zo ontstaat een tweede arbeidsovereenkomst, opvolgend op de eerste.

Van algemene bekendheid is de regel dat wanneer de totale duur de drie jaren overschrijdt, of meer dan drie overeenkomsten op deze manier worden afgesloten/verlengd, een overeenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

Het door de kantonrechter behandelde geschil ging over het lot van het concurrentiebeding bij een dergelijke stilzwijgende verlenging. De kantonrechter oordeelde dat bij stilzwijgende verlenging, het woord "stilzwijgend" zou inhouden dat er niets op papier is gesteld. Aldus ontbreekt het, aldus de kantonrechter, opeens aan het vormvereiste. De werkgever kon geen beroep meer doen op het concurrentiebeding nadat het jaar verstreken was en de arbeidsovereenkomst stilzwijgend was voortgezet.

Of deze uitspraak juist is, is de vraag. In de literatuur wordt hierover anders gedacht, met goede redenen: immers, wanneer de overeenkomst stilzwijgend verlengd wordt met alle voorwaarden, geldt dat toch ook voor het schriftelijk reeds overeengekomen concurrentiebeding. Niet is direct in te zien waarom juist voor dit beding opnieuw schriftelijk een overeenkomst zal moeten worden gesloten. Overigens is te verwijzen naar een andere uitspraak, van het hof Amsterdam, waarin een enkele schriftelijke mededeling dat de overeenkomst was verlengd, voldoende werd geacht om het concurrentiebeding geldig te achten.

Werkgevers zijn echter gewaarschuwd: laat voor de zekerheid een overeenkomst met een concurrentieverbod erin opgenomen, nooit "stilzwijgend" verlengen. Wijdt er tenminste een mailtje aan of een andere schriftelijke mededeling, dat de overeenkomst met al zijn voorwaarden blijft gelden en wordt voortgezet voor dezelfde termijn.

3. Aansprakelijkheid commanditaire vennoot

Het uitgangspunt bij een commanditaire vennootschap is, dat de beherend vennoot aansprakelijk is voor de schulden van de commanditaire vennootschap zelf. De commandiet legt een bedrag in, maar is niet aansprakelijk voor de schulden in de vennootschap. De commandiet investeert dus zonder dat zij betrokken is bij de bedrijfsvoering. Doet zij dat toch, dan verliest zij de bescherming die zij als commanditair vennoot heeft en kan zij als beherend vennoot worden aangemerkt, en dus aansprakelijk zijn voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap. Bij faillissement kan dat het volledige faillissementstekort zijn.

Het gerechtshof Arnhem oordeelde over een geval waarin een commanditaire vennoot, oom van de beherend vennoot, ingreep toen het slecht ging met de winkel, en in overleg trad o.a. met de verhuurder om te praten over de huurachterstand. Het gerechtshof Arnhem oordeelde dat dit een beheersdaad was. En dat betekent het einde van de bescherming als commandiet. De oom was niet alleen zijn inleg als commanditaire vennoot kwijt, doch kon ook opkomen voor het gehele faillissementstekort.

De les is dat een commanditaire vennoot zich zeker in economisch moeilijke tijden terughoudend moet opstellen. Wanneer hem hulp wordt gevraagd bij een schuldsanering, zou die hulp met een beroep op dit arrest moeten worden geweigerd, of anders en meer op afstand moeten worden ingekleed.

4. Uitsluiten van ontbinding in koopovereenkomst

De rechtbank Den Haag oordeelde over een geval waarin een appartement was verkocht. Het appartement bleek zonder bouwvergunning te zijn ontstaan, door verbouwing van een kantoorpand zonder bouwvergunning. Dat wist de koper niet. Hij sprak de verkoper aan, nadat de gemeente

het gebruik van het appartement had verboden.

In de leveringsakte was ontbinding uitgesloten. Dat staat wel vaker in een dergelijke leveringsakte. De koper wilde toch ontbinden. Hij kreeg het niet voor elkaar dat er alsnog een vergunning werd verleend. De verkoper zat achterover en beriep zich op de uitsluiting van ontbinding.

De rechtbank moest oordelen over de vraag of die uitsluiting een geldige bepaling was.

Hoewel de rechtbank er aan twijfelde of de afstand van het recht op ontbinding wel daadwerkelijk door partijen was bedoeld, omdat er niet over was gesproken en het een standaardbepaling was, oordeelde de rechtbank dat zij een oordeel daarover in het midden kan laten.

Zij vindt, met de koper, dat het beroep van de verkoper op de uitsluiting van ontbinding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij speelt een rol dat de kwestie zich niet leent voor het betalen van schadevergoeding, en dat de

koper al een tweetal jaren met een appartement zit waarin hij niet kan gaan wonen omdat de gemeente dat verbiedt. Tot slot is er geen zicht op de tijd die de aanpassingen vergen om tot een bouwvergunning te kunnen komen. De rechtbank besluit met de woorden die wel aanspreken: *“Het is dan ook niet meer dan juist dat de koopovereenkomst wordt ontbonden.”*. Daarnaast zal er over de schadevergoeding gestreden moeten worden.

Hieruit kan worden afgeleid dat contractsbepalingen niet altijd zijn wat ze lijken. De achtergrond is dat de wet in artikel 6:248 BW een vangnet heeft aangebracht. De maatstaf is streng: *“naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar”*. De toetsing moet nauwelijks of geen ruimte openlaten voor twijfel, voordat tot deze conclusie kan worden gekomen. Bovengenoemde uitspraak is een voorbeeld van toepassing van deze regel. De koper kan opgelucht ademhalen: hij is, wanneer de verkoper in staat is de koopsom te betalen (!), van de eigendom en de strubbelingen met de gemeente af.

2010 © Frits Bienfait, Van Dam en Kruidenier advocaten,
Postbus 4043, 3006 AA Rotterdam
tel 010 288 88 14, fax 010 288 88 28
e-mail: bienfait@damkru.nl,
www.damkru.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder schriftelijke voorafgaande toestemming van de auteur worden verveelvoudigd, openbaar gemaakt, geheel of gedeeltelijk, gekopieerd of opgeslagen, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën of op enige andere manier. De auteurs en de maatschap Van Dam & Kruidenier aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de inhoud van deze uitgave.
De tekst is louter als leidraad bedoeld en streeft geen volledigheid na. In voorkomend geval is het altijd raadzaam eerst een ter zake kundige jurist te raadplegen.
