

46

Hoge Raad
6 februari 2015, nr. 14/04700,
ECLI:NL:HR:2015:248
(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Tanja-van
den Broek)
(Concl. A-G Timmerman)
Noot mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk en
mr. J.O. Bijloo

**Volmacht advocaat. Bewijs van volmacht.
Onbevoegde vertegenwoordiging. Onbevoegd
verrichte proceshandeling. Administratieve
fout.**

[BW art. 3:70, 3:71 lid 2, 3:79, 6:162; Rv art. 245;
Gedragsregel 35]

Advocate ontvangt opdracht van tussenpersoon tot het instellen van hoger beroep. Het hof verlangt van de advocaat bewijs van volmachtverlening door de cliënt aan de tussenpersoon. De Hoge Raad verwerpt het op HR 28 november 2003, NJ 2005, 464 (Achmea/Brada) gebaseerde betoog dat het hof de advocaat op haar woord moest geloven, en geen nader bewijs mocht verlangen. Het middel ziet eraan voorbij dat de beslissing van het hof niet, zag op de volmacht van de advocaat om hoger beroep in te stellen maar op de volmacht die de tussenpersoon van de cliënt heeft ontvangen om volmacht aan de advocaat te geven tot het instellen van hoger beroep. De volmacht van de tussenpersoon volgt niet uit de aanstelling van de advocaat. Uit de stukken die bij het verzoekschrift tot cassatie zijn overgelegd en uit de door het hof aan de advo-

cate en de Hoge Raad gezonden brief blijkt dat de machtiging van de tussenpersoon door het hof is ontvangen maar dat die de behandelende raadsheren niet heeft bereikt. Het hof had bij zijn beslissing van de machtiging kennis behoren te nemen (vgl. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2590, NJ 1998, 474 (Rainbow/Ontvanger). Volgt vernietiging en terugwijzing.

[Verzoeker] te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. J. van Weerden.

Verzoeker zal hierna ook worden aangeduid als [verzoeker].

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Timmerman)

1. Feiten en procesverloop

1.1. Bij vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht van 5 november 2013 is ten aanzien van verzoeker tot cassatie (“[verzoeker]”) de schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard.

1.2. Bij vonnis van voornoemde rechtbank van 24 juni 2014 is de schuldsaneringsregeling op verzoek van de bewindvoerder en de rechter-commissaris tussentijds beëindigd ex art. 350 lid 3, sub c en d Fw, zonder toekenning van de schone lei. De schuldsaneringsregeling is tussentijds beëindigd op de grond dat [verzoeker] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende informatie-, sollicitatie- en arbeidsplicht en hij een verwijtbare boedelachterstand en nieuwe schulden heeft laten ontstaan.

1.3. Tegen het vonnis van de rechtbank tot tussentijdse beëindiging is op naam van [verzoeker] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

1.4. Bij arrest van 11 september 2014 heeft het hof [verzoeker] niet-ontvankelijk verklaard in het op zijn naam ingestelde hoger beroep, op grond van het hiernavolgende.

1.5. Het hof overweegt allereerst (in rov. 3.6.1) dat [verzoeker] ter zitting in hoger beroep (op 25 augustus 2014) niet is verschenen. De advocaat, mevrouw mr. L.C. van Kasteren (“de advocaat”), heeft ter zitting in hoger beroep verklaard dat zij nimmer direct, schriftelijk, telefonisch, noch in persoon, contact heeft gehad met [verzoeker]. Het

contact verliep immer via een adviseur van [verzoeker], [betrokkene] (“[betrokkene]”), werkzaam bij [A] te Maastricht. De advocaat beschikte niet over een afschrift van een door [verzoeker] opgestelde of althans ondertekende volmacht aan [betrokkene] waaruit afdoende blijkt dat [betrokkene] daadwerkelijk bevoegd was om namens [verzoeker] de opdracht te geven tot het starten van de onderhavige beroepsprocedure.

Het hof heeft vervolgens de advocaat op haar verzoek een termijn van twee dagen gegeven om aan te tonen dat zij bevoegd is om in deze procedure namens [verzoeker] op te treden (rov. 3.6.2).

Bij faxbericht van 27 augustus 2014 heeft de advocaat het hof bericht dat zij verwacht een dag later, dus op 28 augustus 2014, een machtiging van [verzoeker] aan [betrokkene] te ontvangen. Zij heeft verder toegezegd deze (verwachte) machtiging vervolgens terstond aan het hof door te zenden. Het hof heeft evenwel op 3 september 2014 moeten constateren dat de aangekondigde volmacht niet ter griffie is ontvangen, hetgeen het hof per die datum ook schriftelijk aan de advocaat heeft bericht. Nadien heeft het hof niets meer van de advocaat vernomen (rov. 3.6.3).

1.6. Op grond van het voorgaande oordeelt het hof (in rov. 3.6.4) dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat [betrokkene] bevoegd was om namens [verzoeker] opdracht te geven tot het instellen van hoger beroep. Daarmee is dus (aldus het hof) evenmin aannemelijk dat de advocaat bevoegd was om namens [verzoeker] onderhavig hoger beroep in te stellen (zie art. 3:60 BW). Het hof verwijst ten overvloede in dit verband ook nog naar regel 35 van de Gedragsregels voor advocaten, waarin staat vermeld dat een advocaat een opdracht van een tussenpersoon die niet als advocaat is ingeschreven uitsluitend mag aanvaarden indien hij ervan overtuigd is dat de opdracht met instemming van de cliënt is gegeven en hij zich bovendien het recht heeft voorbehouden zich te allen tijde rechtstreeks met de cliënt te verstaan. Dat de advocaat in dit geval overtuigd is geraakt als hiervoor bedoeld, en zo ja hoe, is niet gebleken.

1.7. [Verzoeker] is van voornoemd arrest bij verzoekschrift, op 19 september 2014 per fax bij de griffie van de Hoge Raad binnengekomen en dus tijdig, in cassatie gekomen.

1.8. Namens [verzoeker] is aangegeven (onder 49 van het verzoekschrift tot cassatie) dat het procesverbaal van de behandeling ter zitting, die op 25

augustus 2014 bij het hof heeft plaatsgevonden, zal worden opgevraagd bij het hof en dat [verzoeker] zich het recht voorbehoudt het verzoekschrift tot cassatie aan te vullen of te verbeteren naar aanleiding van dit proces-verbaal.

Bij brief van 14 oktober 2014 is namens [verzoeker] aangegeven dat het inmiddels ontvangen proces-verbaal geen reden geeft het cassatieberoep aan te vullen.

2. Bespreking van de cassatiemiddelen

2.1. Het verzoekschrift tot cassatie bevat drie middelen, aangeduid als middelen 1-3.

2.2. *Middel 1* is gericht tegen (de hierboven al aangehaalde) rov. 3.6.4 van het hof. Het middel klaagt (onder 2 van het verzoekschrift tot cassatie) dat het hof heeft miskend dat ingevolge art. 3:71 lid 2 BW het hof niet bevoegd was om van de advocaat overlegging van een bewijs van volmacht te verlangen.

2.3. Met de verwijzing naar art. 3:71 lid 2 BW en naar een arrest van de Hoge Raad van 28 november 2003 (in voetnoot 1)¹ mist het middel feitelijke grondslag. Beide verwijzingen betreffen namelijk de situatie waarin vaststaat dat de volmacht voortvloeit uit "een aanstelling waarmede de wederpartij bekend is" dan wel de aanstelling door de cliënt als zijn/haar advocaat. In de onderhavige zaak staat deze volmacht echter juist niet vast. Het hof was dan ook wel degelijk bevoegd een bewijs van volmacht betreffende de beroepsprocedure te verlangen.

2.4. Het middel mist tevens feitelijke grondslag daar waar het stelt (onder 2-5) dat het hof de aanstelling als advocaat van [verzoeker] tot uitgangspunt neemt. Uit het arrest kan niet worden afgeleid dat het hof dit als uitgangspunt neemt en dat daarmee de aanstelling als advocaat van [verzoeker] een vaststaand gegeven is. Integendeel, het oordeel van het hof is juist geheel gebaseerd op het ontbreken van een daartoe strekkende volmacht.

2.5. Het middel verwijst voorts (onder 6 en 7) naar het uitgangspunt in art. 80 lid 3 jo. lid 2 Rv dat advocaten in procedures op hun woord worden geloofd en daarom geen bewijs van volmacht behoeven over te leggen. Het middel gaat er hiermee

echter aan voorbij dat in de onderhavige zaak de advocaat niet heeft gesteld dat zij bevoegd was om namens [verzoeker] hoger beroep in te stellen. Zij heeft daarentegen juist erkend niet over een daartoe strekkende volmacht te beschikken. Dat is, anders dan het middel (onder 8 en 10) betoogt, een duidelijke contra-indicatie voor het bestaan van de aanstelling als advocaat van [verzoeker]. De klachten (onder 9 en 11-15) met betrekking tot Gedragsregel 35 van de Gedragsregels voor Advocaten 1992 (opdracht van een tussenpersoon) stuiten op het voorgaande af.

2.6. Het middel klaagt tevens (onder 16) dat het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk is. Ook deze klacht faalt echter, omdat het middel feitelijke grondslag mist met de overwegingen van het hof die het in dit verband (onder 17 en 18) aanhaalt. Immers, door te stellen dat het hof de advocaat wel als advocaat van [verzoeker] heeft gekwalificeerd, geeft het middel de overwegingen van het hof onjuist weer.

2.7. *Middel 2* is gericht tegen (de hierboven al aangehaalde) rov. 3.6.3 van het hof. Het middel klaagt (onder 20-23) dat het hof heeft miskend dat de advocaat niet alleen bij faxbrief van 27 augustus 2014 (productie 1 bij het verzoekschrift tot cassatie) het hof heeft laten weten te verwachten dat zij de machtiging van [verzoeker] aan [betrokkene] de dag erna zou ontvangen, maar tevens bij faxbrief van 28 augustus 2014 met bijlage (productie 2 bij het verzoekschrift tot cassatie) de ontvangen machtiging aan het hof heeft doorgeleid. Het middel brengt in het geding (als productie 3 bij het verzoekschrift tot cassatie) een faxjournaal van de website <http://www.xoip.com> als bewijs van (aldus het middel) zowel verzending als ontvangst van voornoemde stukken.

2.8. De (als productie 2 bij het verzoekschrift tot cassatie overgelegde) machtiging luidt als volgt: "Hierbij verklaar ik [verzoeker] [...] [betrokkene] [...] gemachtigd te hebben voor het inschakelen van Advocaat Mw. Mr. L.C. van Kasteren [...] voor hoogberoep [sic] te voeren inzake WSNP op 27-06-2014.

Hierbij herhaal ik mijn machtiging voor zo vaar [sic] nodig schriftelijk.

[verzoeker]
[handtekening]
27-08-2014"

2.9. Het middel stelt voorts (onder 27-29, 31 en 32) dat, anders dan het hof (in rov. 3.6.3) heeft overwogen, het niet zo is dat het hof na de brief

¹ HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2314, NJ 2005, 464, rov. 3.6.

van het hof van 3 september 2014 aan de advocaat (productie 4 bij het verzoekschrift tot cassatie) niets meer van de advocaat heeft vernomen. De advocaat heeft namelijk na ontvangst van die brief van het hof, op 5 september 2014, gebeld met het hof en gezegd dat zij wel degelijk de machtiging de week eerder per faxbericht had verzonden. De medewerkster van het hof die de advocaat te woord stond, heeft tijdens dit gesprek in de computer gekeken en aan de advocaat gezegd dat het faxbericht wel was ontvangen. De advocaat ging er vervolgens van uit dat het hof uitspraak zou doen met inachtneming van de volmacht.

2.10. Het middel betoogt bovendien (onder 30 en 34) dat aangezien vaststaat dat het hof de faxbrief van de advocaat van 27 augustus 2014 heeft ontvangen, aannemelijk moet worden geacht dat het hof ook de faxbrief van 28 augustus 2014 met bijlage heeft ontvangen.

2.11. Het middel biedt (onder 37) van zijn stellingen bewijs aan, onder andere door middel van het doen horen van getuigen, waaronder mr. Van Kasteren.

Tevens geeft het middel (onder 38) de Hoge Raad in overweging, al dan niet op de voet van art. 83 RO, bij het hof te (laten) informeren naar de ontvangst van de faxbrief van de advocaat van 28 augustus 2014 met bijgevoegde machtiging.

2.12. Allereerst zij opgemerkt dat het hoger beroep is ingesteld door mr. Van Kasteren op naam van [verzoeker] met een beroepschrift gedateerd 2 juli 2014. De (als productie 2 bij het verzoekschrift tot cassatie overgelegde) machtiging is gedateerd op een latere datum, te weten 27 augustus 2014. Deze latere datum doet aan de geldigheid van de machtiging echter niet af, aangezien ingevolge art. 3:69 lid 1 (jo. art. 3:79) BW bekrachtiging van een rechtshandeling (procesrechtelijke handeling) achteraf mogelijk is en de volmacht als gevolg hiervan terugwerkende kracht krijgt.

In dit verband merk ik ten overvloede op dat zich in het in cassatie overgelegde procesdossier een tweede machtiging bevindt (aangemerkt als processtuk 17 en als bijlage gevoegd bij de eerdergenoemde faxbrief van mr. Van Kasteren van 28 augustus 2014). Opmerkelijk is dat deze machtiging afwijkt van de als productie 2 bij het verzoekschrift tot cassatie overgelegde machtiging. Laatstgenoemde machtiging is (zoals hierboven al aangegeven) gedateerd 27 augustus 2014. Eerstgenoemde machtiging daarentegen is gedateerd 27 juni 2014, dus voorafgaande aan het in-

gestelde hoger beroep. Daarnaast is er een klein verschil in de formulering van beide machtigingen. Gelet op het voorgaande meen ik evenwel dat een en ander voor de onderhavige beoordeling niet relevant is en zal ik hier verder niet op ingaan. 2.13. Voor de beoordeling in cassatie bepaalt (het door het middel onder 33 aangehaalde) art. 419 lid 2 Rv dat de feitelijke grondslag der middelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding in feitelijke instanties. In cassatie voor het eerst overgelegde stukken – zoals in casu de machtiging van [verzoeker] – behoren in beginsel niet tot de gedingstukken in feitelijke instanties en kunnen derhalve niet als feitelijke grondslag voor de cassatiemiddelen dienen.² Op dit beginsel is evenwel een uitzondering mogelijk indien vast komt te staan (bijvoorbeeld door middel van een datumstempel of een brief van de griffie of van de lagere rechter) dat de lagere rechter voorafgaande aan de bestreden uitspraak van deze stukken kennis heeft genomen of had kunnen nemen doordat deze stukken tijdig de griffie hadden bereikt.³ Mocht blijken dat de lagere rechter van bepaalde stukken geen kennis heeft genomen als gevolg van een tekortkoming van de interne administratieve organisatie van de lagere rechter, dan zou dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval voor de beoordeling in cassatie geen verschil behoren te maken.⁴

- 2 HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0281, NJ 1991, 693 (Rigter/Gemeente Blaricum); HR 9 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1440, NJ 1995, 5; HR 10 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2454, NJ 1998, 65 (M/Staat); HR 10 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2455, NJ 1998, 66 (M/Staat); HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9444, NJ 2006, 656 (Baumgarten q.q./X); Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 165 en 168; Winters, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 419 Rv, aant. 4 en art. 413 Rv, aant. 2.
- 3 HR 23 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4248, NJ 1982, 146 (Meubelfabriek Deco/Hermeler); HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2590, NJ 1998, 474 (Rainbow/Ontvanger); HR 5 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2666, NJ 1999, 317; HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3363, NJ 2000, 66; HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9444, NJ 2006, 656 (Baumgarten q.q./X).
- 4 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2590, NJ 1998, 474 (Rainbow/Ontvanger).

2.14. Voornoemde uitzondering is aan de orde indien in cassatie eenvoudig vast te stellen is dat een bepaald stuk door de betrokken rechter ontvangen moet zijn en deze daarvan kennis moet hebben genomen of kennis had kunnen nemen.⁵ In dat geval behoort het desbetreffende stuk tot de stukken van het geding in feitelijke instanties als bedoeld in art. 419 lid 2 Rv en mag daarop in cassatie acht worden geslagen. Art. 83 RO (voorheen art. 107 RO) (door het middel aangehaald onder 38) biedt de Hoge Raad de mogelijkheid om ambtshalve aan een lagere rechter inlichtingen te verzoeken teneinde zekerheid te verkrijgen met betrekking tot de feitelijke grondslag van een cassatiemiddel.⁶ Art. 83 RO luidt als volgt: “De rechtbanken, de gerechtshoven en de presidenten geven inlichtingen wanneer die door de Hoge Raad voor de behandeling van een zaak noodzakelijk worden geacht.”

Snijders heeft destijds in zijn noot onder HR 12 februari 1993⁷ art. 107 RO (thans art. 83 RO) aangeduid als een “trouvaille”, “een oplossing die in alle moderne handboeken en losbladige edities over burgerlijk procesrecht [...] wordt doodgezwegen [...] een praktisch correctief op art. 419 Rv”. Snijders benadrukte in voornoemde noot tevens dat de Hoge Raad art. 107 RO (thans art. 83 RO) slechts onder bijzondere omstandigheden en bij wijze van uitzondering toepasselijk achtte. In de desbetreffende zaak ging het om de belangen van een kind. In de onderhavige zaak gaat het om het al dan niet ontvankelijk zijn in hoger beroep, en daarmee om de vraag of iemand een tweede feitelijke instantie moet worden onthouden. Ik zie niet in waarom dit geen aanleiding kan zijn voor toepassing van art. 83 RO.

2.15. Op het beginsel dat de feitelijke grondslag voor de cassatiemiddelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding, is overigens nog een tweede uitzondering mogelijk. Namelijk indien eiser of

verzoeker tot cassatie niet eerder dan in cassatie de gelegenheid heeft gehad om zich (in feitelijke zin) over bepaalde stukken of standpunten uit te laten (zo ook het middel onder 32).⁸

2.16. In de onderhavige zaak zijn beide voornoemde uitzonderingen aan de orde en meen ik (zoals ik hierboven al aangaf) dat er aanleiding is om op grond van art. 83 RO ambtshalve bij het hof inlichtingen te verzoeken over de ontvangst van de faxbrief van mr. Van Kasteren van 28 augustus 2014 met bijgevoegde machtiging van [verzoeker], alsmede over de telefonische mededelingen die op 5 september 2014 door een medewerkster van het hof aan mr. Van Kasteren zijn gedaan op basis van gegevens in de computer.

2.17. Nádát ik het voorgaande had vastgesteld, maar nog vóórdát vervolgens daadwerkelijk ex art. 83 RO ambtshalve bij het hof inlichtingen waren opgevraagd, heeft het hof bij brief van 13 november 2014 aan mr. Van Kasteren⁹ laten weten dat het hof naar aanleiding van het (van de Hoge Raad in kopie ontvangen) verzoekschrift tot cassatie onderzoek heeft ingesteld naar de fax van mr. Van Kasteren van 28 augustus 2014. Uit dit onderzoek is gebleken dat inderdaad op 28 augustus 2014 een fax van twee pagina's door het hof is ontvangen, overeenkomstig voornoemd faxjournaal van de website <http://www.xoip.com>. De fax zelf heeft het hof niet teruggevonden. De raadsheren die het arrest in deze zaak hebben gewezen, hebben (aldus het hof) van deze fax geen kennis kunnen nemen en hebben evenmin kennisgenomen van de telefonische navraag door mr. Van Kasteren op 5 september 2014. Het hof besluit zijn brief met de opmerking dat het de gang van zaken betreurt en zich ervoor inspant om herhaling te voorkomen.

2.18. Met voornoemde brief van het hof is komen vast te staan dat het hof voorafgaande aan zijn arrest van de machtiging van [verzoeker] kennis had kunnen nemen doordat deze tijdig de griffie had bereikt. Gelet hierop slaagt middel 2.

5 Winters, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 419 Rv, aant. 4.

6 HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC3985, NJ 1993, 594 (m.nt. HJS onder nr. 596), gevolgd door HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0923, NJ 1993, 595; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 165.

7 HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0923, NJ 1993, 596 m.nt. HJS.

8 HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1317, NJ 2004, 320 (Antilles Management/Mantout); HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7843, RvdW 2013, 474.

9 Het hof heeft een kopie van zijn brief van 13 november 2014 aan mr. Van Kasteren naar de Hoge Raad gestuurd.

2.19. Op grond van het voorgaande meen ik dat het bestreden arrest dient te worden vernietigd en dat er aanleiding is om de zaak na cassatie terug te verwijzen naar het hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing, nu dit hof nog geen inhoudelijke beoordeling van deze zaak heeft gegeven.

2.20. Nu middel 2 slaagt, kan de behandeling van *middel 3* achterwege blijven.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch en tot terugverwijzing naar dat hof.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

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

a. het vonnis in de zaak met het insolventienummer C/03/13/642 R van de rechtbank Limburg van 24 juni 2014;

b. het arrest in de zaak HV 200.151.659/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 september 2014.

(...; *red.*)

2. Het geding in cassatie

(...; *red.*)

3. Beoordeling van de middelen

3.1. Ten aanzien van [verzoeker] is de schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard. In de eerste aanleg van deze procedure is de schuldsanering tussentijds beëindigd op grond van art. 350 lid 3, aanhef en onder c en d, Fw, zonder toekenning van de schone lei. Reden voor de beëindiging is dat [verzoeker] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende informatie-, sollicitatie- en arbeidsplicht en dat hij een verwijtbare boedelachterstand en nieuwe schulden heeft laten ontstaan.

3.2. Het hoger beroep is ingesteld op naam van [verzoeker]. Het hof heeft [verzoeker] in dit hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard. Daartoe heeft het als volgt overwogen.

[Verzoeker] is ter zitting in hoger beroep op 25 augustus 2014 niet verschenen. Zijn advocaat heeft verklaard dat zij nimmer direct, schriftelijk, telefonisch of in persoon, contact heeft gehad met

[verzoeker]. Het contact verliep immer via een adviseur, [betrokkene], werkzaam bij [A] te Maastricht. De advocaat beschikte niet over een afschrift van een volmacht van [verzoeker] aan [betrokkene] waaruit afdoende blijkt dat [betrokkene] daadwerkelijk bevoegd is om namens [verzoeker] opdracht te geven voor de onderhavige appelprocedure. De advocaat heeft desverzocht een termijn van twee dagen gekregen om alsnog een volmacht in het geding te brengen. (rov. 3.6.1-3.6.2)

Bij faxbericht van 27 augustus 2014 heeft de advocaat het hof bericht dat zij verwachtte een dag later een machtiging van [verzoeker] aan [betrokkene] te ontvangen. Zij heeft geschreven deze machtiging terstond aan het hof te zullen doorzenden. Het hof heeft evenwel op 3 september 2014 moeten constateren dat de aangekondigde volmacht niet ter griffie is ontvangen, hetgeen het hof op die datum schriftelijk aan de advocaat heeft bericht. Nadien heeft het hof niets meer van de advocaat vernomen. (rov. 3.6.3)

Op grond van een en ander oordeelt het hof dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat [betrokkene] bevoegd was om namens [verzoeker] opdracht te geven tot het instellen van hoger beroep. (rov. 3.6.4)

3.3.1. Middel 1 voert onder verwijzing naar HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2314, NJ 2005/464, aan dat het hof heeft miskend dat het op grond van art. 3:71 lid 2 BW niet bevoegd was om van de advocaat overlegging van een bewijs van een volmacht te verlangen.

3.3.2. Het middel is ongegrond. Het ziet eraan voorbij dat de beslissing van het hof niet ziet op de volmacht van de advocaat om hoger beroep in te stellen, maar op de volmacht die de tussenpersoon ([betrokkene]) van de procespartij ([verzoeker]) heeft ontvangen om volmacht aan de advocaat te geven tot het instellen van het hoger beroep. De volmacht van die tussenpersoon ([betrokkene]) volgt niet uit de aanstelling van de advocaat als bedoeld in art. 3:71 lid 2 BW en het arrest van 28 november 2003 heeft op die volmacht dan ook geen betrekking. Het hof mocht daarom bewijs van deze volmacht verlangen.

3.4.1. Middel 2 voert aan dat de advocaat van [verzoeker], overeenkomstig de aankondiging in haar faxbericht van 27 augustus 2014, bij faxbericht van 28 augustus 2014 de machtiging van [verzoeker] aan [betrokkene] heeft toegezonden aan het hof. Bij het cassatieverzoekschrift zijn

kopieën overgelegd van dit faxbericht, de machtiging en het faxjournaal waaruit van de verzending van het faxbericht blijkt. Het middel voert voorts aan dat de advocaat van [verzoeker] met de griffie van het hof heeft gebeld naar aanleiding van de door het hof in rov. 3.6.3 genoemde brief van het hof van 3 september 2014 en dat toen door de griffie is medegedeeld dat volgens de computer het faxbericht wel was ontvangen.

3.4.2. In de loop van de cassatieprocedure heeft het hof aan (de advocaat van) [verzoeker] en de griffie van de Hoge Raad een brief gezonden waaruit blijkt dat fax en machtiging wel door het hof ontvangen (moeten) zijn, maar dat deze stukken de raadsheren die het arrest hebben gewezen, niet hebben bereikt en dat deze raadsheren ook niet op de hoogte zijn gesteld van het telefoongesprek dat naar aanleiding van de brief van het hof van 3 september 2014 heeft plaatsgevonden.

3.4.3. Het middel is gegrond. Uit de stukken die bij het cassatieverzoekschrift zijn overgelegd, en uit de hiervoor in 3.4.2 genoemde brief van het hof blijkt dat de machtiging op 28 augustus 2014 door het hof is ontvangen. Het hof had derhalve bij zijn beslissing van de machtiging kennis behoren te nemen (vgl. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2590, NJ 1998/474 (Rainbow/Ontvanger)).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof's-Hertogenbosch van 11 september 2014; wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing.

NOOT

1. In deze zaak heeft de Hoge Raad een kans voorbij laten gaan om zich erover uit te spreken wanneer een rechter een advocaat niet meer op zijn woord hoeft te geloven en (nader) bewijs van zijn volmacht mag verlangen.

2. Voor een advocaat bepaalt Gedragsregel 35 dat hij een opdracht van een tussenpersoon (niet zijnde een advocaat) uitsluitend mag aanvaarden indien hij ervan overtuigd is dat de opdracht met instemming van de cliënt is gegeven. In dit geval had de advocate de opdracht van de adviseur van de cliënt gekregen. Ter zitting bij het hof was de cliënt niet aanwezig. De advocate deelde

desgevraagd mee dat zij nimmer zelf contact had gehad met haar cliënt en zij ook niet over een schriftelijke volmacht van de cliënt aan de adviseur beschikte waaruit de bevoegdheid van de adviseur volgde om haar te instrueren de appelprocedure te beginnen. Kennelijk kon de advocate ook niet aan het hof uitleggen waarop zij dán haar overtuiging baseerde dat de adviseur haar met (mondelinge) instemming van de cliënt had geïnstrueerd. Voor zover wij kunnen nagaan was de advocate niet reeds in eerste instantie namens de cliënt opgetreden, anders had daaruit nog een impliciete instemming van de cliënt kunnen worden afgeleid. (Zie ABRvS 31 maart 2009, «JBPR» 2015/22, m.nt. F.A.W.

Bannier, voor een geval waarin de advocaat wel in eerste instantie was opgetreden, maar de zaak om Vreemdelingenwettechnische redenen verkeerd afloopt; Bannier is, ons inziens terecht, kritisch over die beslissing.) Het was daarom begrijpelijk dat het hof twijfelde aan de bevoegdheid van de advocate en bewijs verlangde van de bevoegdheid van de adviseur om de advocate te instrueren.

3. Of de advocate op goede gronden overtuigd was van de bevoegdheid van de adviseur haar te instrueren wordt niet duidelijk, maar hoe dan ook stuurde zij het door het hof verlangde bewijs van haar bevoegdheid in de vorm van een schriftelijke volmacht van de cliënt. Met die volmacht is trouwens iets merkwaardigs aan de hand. Blijkens de conclusie van A-G Timmerman (par. 2.12) zit in het procesdossier een op 27 juni 2014 gedateerde volmacht (dus van vóórdat de advocate het appel op 2 juli 2014 instelde) terwijl bij het cassatieberoepschrift een op 27 augustus 2014 gedateerde volmacht zit; tussen beide volmachten bestaat een klein verschil in formulering. De A-G acht dit voor de beoordeling van de zaak niet van belang en gaat hier niet verder op in. Het doet wel de vraag rijzen of sprake is van een vergissing of dat de advocate zich niet ervan bewust was dat er op het moment van de zitting bij het hof al wel een schriftelijke volmacht was.

4. Hoe dan ook, het hof kreeg de volmacht – blijkbaar door een apparaatsfout – niet onder ogen en verklaarde de appellant niet-ontvanke-lijk. Onder verwijzing naar *Achmea/Brada* (HR 28 november 2003, NJ 2005, 464) betoogde de eerste cassatieklacht dat het hof niet bevoegd was om van de advocaat een volmacht te verlan-

gen. Die klacht deed de Hoge Raad eenvoudig af: "Het [eerste middel] ziet eraan voorbij dat de beslissing van het hof niet ziet op de volmacht van de advocaat om hoger beroep in te stellen, maar op de volmacht die de tussenpersoon ([betrokkene]) van de procespartij ([verzoeker]) heeft ontvangen om volmacht aan de advocaat te geven tot het instellen van het hoger beroep." Omdat de volmacht van de tussenpersoon niet volgt uit de aanstelling van de advocate als bedoeld in art. 3:71 lid 2 BW was het hof bevoegd om van de advocate bewijs van de volmacht van de tussenpersoon te verlangen (r.o. 3.3.2).

5. Met dit oordeel doet de Hoge Raad ons inziens niet helemaal recht aan de klacht. Daarin kon namelijk worden gelezen dat die ook zag op de beslissing van het hof over de volmachtverlening aan de tussenpersoon. Met name onderdelen 8-13 betoogden dat het hof, conform *Achmea/Brada*, de advocaat niet had mogen vragen naar de wijze waarop zij zich ervan had overtuigd dat de opdracht van de tussenpersoon met instemming van de cliënt was gegeven en het hof haar dus ook wat dat betreft op haar woord had moeten geloven. Anders gezegd, op grond van het feit dat de advocaat beroep instelde moest het hof ervan uitgaan dat de tussenpersoon op basis van een toereikende volmacht de advocaat had geïnstrueerd (en de advocaat dus aan Gedragsregel 35 had voldaan). Het is jammer dat als gevolg van de beperkte uitleg van de klacht niet méér duidelijkheid komt over de vraag wanneer een rechter een advocaat niet op zijn woord hoeft te geloven en om (nader) bewijs van zijn volmacht mag vragen.

6. Wanneer mag een rechter een advocaat om bewijs van zijn volmacht vragen? Zoals Bannier reeds opmerkte in zijn noot onder de hofuitspraak («JBPr» 2015/25) komt het uitgangspunt dat een advocaat op zijn woord moet worden geloofd geen "absolute kracht" toe. Zie bijvoorbeeld HR 26 september 2008, *NJ* 2008, 523, waarin geïntimeerde het verweer voerde dat de advocaat van appellant niet over een toereikende volmacht beschikte omdat diens cliënt had opgehouden te bestaan. Het hof verwierp dat verweer op de grond dat een advocaat op zijn woord moet worden geloofd. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof het verweer had moeten onderzoeken. In de zaak van het Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2012, «JAR» 2012/146, hadden twee van de vier cliënten van een advo-

caat een schriftelijke verklaring afgelegd, erop neerkomende dat zij geen volmacht aan hun advocaat hadden verleend. De wederpartij beriep zich daarom op de onbevoegdheid van die advocaat. Het hof onderzocht dat verweer (en concludeerde op grond van alle feiten en omstandigheden dat wel volmacht aan de advocaat was verleend).

7. Mag een rechter een advocaat pas om bewijs van zijn volmacht vragen als het op grond van de mededelingen van de advocaat onmogelijk is dat hij op de een of andere wijze de instemming van zijn cliënt voor een proceshandeling heeft? Of reeds als de rechter redelijke twijfel heeft? Wij zijn geneigd meer aan het eerste te denken. En wanneer mag een rechter eigenlijk vragen gaan stellen naar de bevoegdheid van de advocaat? Redelijke twijfel lijkt ons dan wel weer voldoende.

8. Ons inziens bestaat geen reden een advocaat wel (of gemakkelijker) op zijn woord te geloven als het gaat om rechtstreekse instructie door zijn cliënt en niet (of minder snel) als hij zegt dat hij de opdracht van de tussenpersoon met instemming van de cliënt heeft gekregen. Om een vergelijking te maken: een advocaat die voor een rechtspersoon optreedt wordt in het algemeen niet alleen op zijn woord geloofd voor wat betreft de instructie van zijn zegsman of -vrouw, maar ook voor wat betreft de bevoegdheid van die zegsman of -vrouw om de advocaat namens de rechtspersoon te instrueren.

9. In het bovenstaande geval had de advocate bij de hofzitting zodanige mededelingen gedaan dat voor het hof niet viel in te zien hoe de advocaat gemachtigd was door degene die zij stelde te vertegenwoordigen. Denkbaar was bijvoorbeeld geweest dat de advocate de tussenpersoon voldoende betrouwbaar en integer achtte om hem op zijn woord te geloven, zonder dat zij zelf met de cliënt had gesproken, maar dat was blijkbaar niet het geval. Het hof hoefde de advocate daarom niet meer op haar (impliciete) woord te geloven en mocht bewijs van haar bevoegdheid vragen in de vorm van (schriftelijk) bewijs van de volmacht van de tussenpersoon.

10. Hoe moet worden omgegaan met gevallen waarin een advocaat optreedt zónder instemming van degene die hij zegt te vertegenwoordigen? De mogelijkheid om onbevoegd verrichte proceshandelingen te ontkennen (desaveu, art. 263 Rv (oud)) bestaat niet meer sinds 2002. Ons

inziens moet de oplossing gevonden worden op basis van de regels van onbevoegde vertegenwoordiging (vgl. art. 3:79 BW). De advocaat moet instaan voor het bestaan en de omvang van zijn volmacht (art. 3:70 BW). Zie voor een voorbeeld waarin een advocaat moest instaan voor zijn volmacht HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254. Een cliënt kan op de onbevoegdheid van zijn advocaat geen beroep doen als door zijn toedoen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is gewekt (art. 3:61 lid 2 BW) of als die schijn naar verkeersopvattingen kan worden afgeleid uit feiten en omstandigheden die voor rekening van de cliënt komen (HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (*ING/Bera*)). Een cliënt zal tegenover zijn wederpartij in het algemeen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de door hem ten behoeve van een procedure ingeschakelde advocaat wekken voor alle door die advocaat namens hem verrichte proceshandelingen. Naar verkeersopvattingen zal die schijn in elk geval mogen worden afgeleid uit de benoeming van die advocaat en zijn optreden in rechte uit hoofde daarvan. Een niettemin onbevoegd verrichte proceshandeling zal wanprestatie (toerekenbare niet-nakoming) van de advocaat jegens zijn cliënt kunnen opleveren.

11. Wat nu als iemand de advocaat helemaal geen instructie heeft gegeven om een procedure te beginnen? Stel bijvoorbeeld dat een advocaat namens zijn buurman een procedure tegen diens voormalige werkgever begint, echter zonder instemming of medeweten van de buurman. Stel voorts dat de procedure wordt verloren en dat de buurman in de proceskosten wordt veroordeeld. Moet de buurman die dan betalen aan zijn voormalige werkgever? (Afgezien van verhaal dat de buurman heeft op "zijn" advocaat.) Kan de voormalige werkgever het vonnis executeren ten laste van de buurman? Het vonnis kan immers alleen ongedaan worden gemaakt door daartegen een rechtsmiddel aan te wenden (hetgeen bij een kansloze vordering overigens geen zin zou hebben). Als het zou gaan om een door de advocaat zonder enige instructie namens zijn buurman met de voormalige werkgever gesloten overeenkomst zou niemand moeite hebben met de conclusie dat de buurman niet gebonden is. Wij menen dat voor het vonnis het zelfde moet gelden: de buurman heeft geen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de advocaat gewekt en er zijn geen omstan-

digheden waaruit die schijn naar verkeersopvattingen kan worden afgeleid. Het vonnis bindt de buurman daarom niet. Executie van het vonnis ten laste van de buurman zal in beginsel onrechtmatig zijn. De werkgever zal zich op grond van art. 3:70 of 6:162 BW moeten verhalen op de advocaat als pseudovertegenwoordiger.

12. Lastiger wordt het als de buurman – buiten medeweten van zijn voormalige werkgever – wel met de advocaat heeft overlegd over het beginnen van een procedure tegen zijn voormalige werkgever, hij daarvan uiteindelijk toch afziet en de advocaat toch (zonder instemming en medeweten van de buurman) de procedure begint en verliest. Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid zou ontleend kunnen worden aan het feit dat de advocaat stukken in het geding brengt die hij alleen van de buurman kan hebben gekregen. Ook kan verdedigd worden dat de schijn naar verkeersopvattingen kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de buurman kennelijk eerder voor deze kwestie de advocaat heeft ingeschakeld. De buurman kan in zo'n geval dus geen beroep doen op de onbevoegdheid van de advocaat.

13. Als de onbevoegd vertegenwoordigde cliënt (of de rechter zelf; zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland 5 juni 2015, ECLI:NL:RBN-NE:2015:2675, *NJF* 2015, 318) tijdig achter de onbevoegde vertegenwoordiging komt, kan art. 245 Rv nog de mogelijkheid bieden de onnodige proceskosten ten laste van de onbevoegd opgetreden advocaat te brengen. Voorts kan de onbevoegd opgetreden advocaat tuchtrechtelijk (en mogelijk zelfs strafrechtelijk) worden aangesproken. De tuchtrechter kan bij de oplegging van een maatregel de voorwaarde stellen dat de veroordeelde advocaat de door de klager geleden schade vergoedt. Sinds 1 januari 2015 is die vergoeding gemaximeerd op € 5.000 (art. 48b lid 1 Advocatenwet).

14. Een door een advocaat bevoegd of onbevoegd verrichte proceshandeling kan onder omstandigheden ook een onrechtmatige daad van de advocaat jegens de wederpartij opleveren. Zie over dit onderwerp ook B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. 2004), par. 302 en 303. Te denken valt aan het aanvoeren van kansloze feitelijke of juridische verweren die leiden tot een hogere proceskostenveroordeling (denk aan kosten van deskundigen) of aan andere vormen van misbruik

van procesrecht. Dergelijk onrechtmatig handelen zal doorgaans toerekenbaar zijn aan de advocaat gelet op zijn eigen verantwoordelijkheid: hij is immers *dominus litis* en hij dient zich onafhankelijk op te stellen en te onthouden van handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt (art. 10a Advocatenwet). Zie voor een recent voorbeeld Rechtbank Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4240, waarin een advocaat op aandringen van zijn cliënt een kort geding aanspande om de executie te schorsen van een echtscheidingsbeschikking wat betreft de daarin bepaalde kinderalimentatie, hoewel de appeltermijn inmiddels ongebruikt was verstreken. De rechtbank veroordeelde de advocaat tot vergoeding van de door de wederpartij van zijn cliënt gemaakte werkelijke proceskosten van het kort geding waarvan de advocaat had toegegeven dat het bij voorbaat kansloos was. (Zie ook Hof Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:378, waarin het hof in het geval van een te laat ingesteld appel overweegt dat het de advocaat "ten zeerste zou sieren" als hij de proceskostenveroordeling van zijn cliënt uit eigen middelen voor zijn rekening zou nemen.) Het kan echter ook een stuk ingewikkelder liggen. Zo kan bewijs en tegenbewijs in sommige gevallen moeilijk zijn. De overwegingen om al dan niet een bepaalde stelling aan te voeren of procedure te beginnen, kunnen immers mede gebaseerd zijn op of beïnvloed zijn door hetgeen de cliënt de advocaat heeft toevertrouwd of juist heeft verzwegen en dus niet geopenbaard mag worden. Niet alleen het bewijs kan daardoor bemoeilijkt worden, maar ook (en vooral) het tegenbewijs. Hoe moet een rechter omgaan met het verweer van de advocaat inhoudende dat hij vanwege zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht niet in staat is voldoende tegenbewijs te leveren? Zou een rechter hem – ook wat dat betreft – op zijn woord moeten geloven? Eerlijk gezegd komen wij er niet goed uit. Misschien is dat ook niet echt nodig; wij vermoeden dat het praktische en financiële belang van het aanspreken van een advocaat slechts in uitzonderingsgevallen groot genoeg is.

15. Aan al het voorgaande komt de Hoge Raad niet toe. Weinig verrassend is dat hij het hofarrest vernietigt omdat het hof niet had mogen beslissen zonder kennis te nemen van de tijdig toegezonden machtiging. Deze zaak behoort daarmee tot de beperkte groep gevallen waarin

de Hoge Raad zelf feitenonderzoek doet, in dit geval naar de tijdigheid van de ontvangst van de machtiging. Uit r.o. 3.4.2 kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad, met het oog op zijn feitenonderzoek, het hof om een toelichting over de gang van zaken heeft gevraagd en dat het hof die vervolgens bij brief heeft gegeven. De A-G had het hof ook om opheldering kunnen vragen, maar die heeft dat niet gedaan. Hij was kennelijk al overtuigd door het cassatieverzoekschrift en de stukken die daarbij waren gevoegd.

A.E.H. van der Voort Maarschalk,
advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam

J.O. Bijloo
advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en
universitair docent bij de VU Amsterdam