

ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4585

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	26-10-2010
Datum publicatie	22-11-2010
Zaaknummer	200.021.691/01 + 200.068.403/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Incidentele vordering tot schorsing ex art. 351 Rv. na eerder executie kort geding is in beginsel in strijd met een goede procesorde".
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2010/499

Uitspraak

zaaknummers 200.021.691/01 en 200.068.403/01

26 oktober 2010

GERECHTSHOF AMSTERDAM

EERSTE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaken van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TRUVO NEDERLAND B.V., voorheen GOUDEN GIDS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

APPELLANTE in de hoofdzaken, eiseres in de incidenten,

advocaat: mr. A. Knigge te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

JUSTVOICE B.V.,

gevestigd te Bloemendaal,

GEÏNTIMEERDE in de hoofdzaken, verweerster in de incidenten,

advocaat: mr. M.Ch. Kaaks te Amsterdam.

Partijen worden hierna Gouden Gids en Justvoice genoemd.

1. De gedingen in hoger beroep

In de zaak met zaaknummer 200.021.691/01:

Gouden Gids is bij dagvaarding van 16 december 2008 in hoger beroep gekomen van het tussen partijen onder zaak- en rolnummer 339820/HA ZA 06-1045 gewezen vonnis van de rechtbank Amsterdam van 17 september 2008.

Gouden Gids heeft bij op 15 juni 2010 ingediende memorie vier grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Justvoice alsnog zal afwijzen, met haar veroordeling in de kosten van het geding in beide instanties, uitvoerbaar bij voorraad.

Bij incidentele memorie van (eveneens) 15 juni 2010 heeft Gouden Gids onder overlegging van een productie op de voet van artikel 222 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gevorderd dat de zaak zal worden gevoegd met de hierna te noemen zaak (bij het hof bekend onder zaaknummer 200.068.403/01), kosten rechtens.

Bij memorie van antwoord in het incident heeft Justvoice onder overlegging van producties geconcludeerd tot afwijzing van de incidentele vordering, met veroordeling van Gouden Gids in de kosten van het incident.

Vervolgens heeft Gouden Gids onder overlegging van een productie een akte genomen, waarna Justvoice onder overlegging van producties een antwoordakte heeft genomen.

Ten slotte hebben partijen arrest in het incident gevraagd.

In de zaak met zaaknummer 200.068.403/01:

Gouden Gids is bij dagvaarding van 21 mei 2010 in hoger beroep gekomen van de tussen partijen onder zaak- en rolnummer 418147/HA ZA 09-301 gewezen vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 25 maart 2009 en 3 maart 2010.

Ter rolle van 15 juni 2010 heeft Gouden Gids onder overlegging van producties geconcludeerd overeenkomstig de appeldagvaarding. Zij vorderde (aldus) in een "incident tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis (van 3 maart 2010; hof) ex artikel 351 Rv en subsidiair incident tot zekerheidsstelling ex artikel 235 Rv":

"Primair:

Dat het Uw Hof behage bij arrest in incident, uitvoerbaar bij voorraad verklaard, de tenuitvoerlegging van het vonnis (van 3 maart 2010; hof) te schorsen voor de duur van het hoger beroep, onder veroordeling van Just Voice in de kosten van het incident.

Subsidiair:

Dat het Uw Hof behage om bij arrest in incident, uitvoerbaar bij voorraad verklaard, Just Voice B.V. te veroordelen tot het verstrekken van een bankgarantie van Euro 485.551,45 te vermeerderen met 30% ter zake van rente en kosten bij gebreke waarvan het Just Voice B.V. niet is toegestaan tot executie van het vonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 3 maart 2010 (...) over te gaan".

Tevens vorderde Gouden Gids bij wege van "(Voorwaardelijke) provisionele vordering ex artikel 208 en 223 Rv", voorwaardelijk:

"Primair:

Dat het Uw hof behage bij arrest in incident, uitvoerbaar bij voorraad verklaard, Just Voice B.V. te veroordelen binnen drie dagen na datum van een daartoe veroordelend (lees:) arrest over te gaan tot teruggave van de bankgarantie verstrekt door Fortis Bank Nederland N.V. onder nummer xxx (...) onder gelijktijdige schriftelijke mededeling dat zij afstand doet van alle rechten en vorderingen die haar blijkens voormelde bankgarantie toekomen, althans dat de Fortis Bank Nederland N.V. uit haar verplichtingen terzake van de bankgarantie is ontslagen, één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van Euro 1.000,- voor iedere dag dat zij nalaat aan deze veroordeling te voldoen, met veroordeling van Just Voice B.V. in de kosten van het incident;

Subsidiair (en, onvoorwaardelijk; hof):

Dat het Uw hof behage bij arrest in incident, uitvoerbaar bij voorraad verklaard, Just Voice B.V. te veroordelen binnen drie dagen na datum van een daartoe veroordelend (lees:) arrest over te gaan tot het verlenen van medewerking aan vermindering van het bedrag waarvoor door Fortis Bank Nederland N.V. een garantie is verstrekt tot zekerheid van de verplichtingen van Gouden Gids B.V. en wel door schriftelijke mededeling aan Fortis Bank Nederland N.V. dat zij afstand doet van haar rechten uit hoofde van de bankgarantie met nummer xxx op betaling van enig bedrag boven een door uw Hof in goede justitie te bepalen bedrag onder gelijktijdige mededeling dat Fortis Bank Nederland N.V. tot betaling van een bedrag boven het door uw Hof in goede justitie te bepalen bedrag uit hoofde van deze bankgarantie zal zijn ontslagen, met veroordeling van Just Voice B.V. in de kosten van het incident".

In de hoofdzaak voerde Gouden Gids, overeenkomstig de appeldagvaarding, elf grieven aan en concludeerde zij dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Justvoice alsnog zal afwijzen, met haar veroordeling in de kosten van het geding in beide instanties.

Bij memorie van antwoord in het incident heeft Justvoice onder overlegging van producties geconcludeerd tot afwijzing van de incidentele vorderingen, met veroordeling van Gouden Gids in de kosten van de incidenten.

Vervolgens heeft Gouden Gids onder overlegging van een productie een akte genomen, waarna Justvoice onder overlegging van producties een antwoordakte heeft genomen.

Ten slotte hebben partijen arrest in het incident gevraagd.

In beide zaken:

Tot goed begrip wordt opgemerkt dat de processtukken in beide zaken vanaf de memorie van antwoord in de incidenten inhoudelijk gelijk zijn.

2. De beoordeling in de incidenten

In beide zaken:

2.1. Bij het in de zaak met nummer 200.021.691/01 bestreden vonnis van 17 september 2008 heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, op vordering van Justvoice voor recht verklaard dat Gouden Gids onrechtmatig jegens Justvoice heeft gehandeld door zich te onttrekken aan de (finale) onderhandelingen over de (ten processe bedoelde) overeenkomst tot levering van nummerinforma-tiediensten, zonder haar

de daardoor geleden schade (te weten: de door Justvoice na 5 mei 2004 ter realisering van het project gemaakte kosten) te vergoeden. Tevens verklaarde de rechtbank op vordering van Justvoice voor recht dat Gouden Gids gehouden is tot vergoeding van de door het afbreken van die onderhandelingen door Justvoice geleden en nog te lijden als zojuist bedoeld, op te maken bij staat. Het meer of anders gevorderde werd afgewezen en Gouden Gids werd, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten verwezen. Van dit vonnis is Gouden Gids, als onder 1 vermeld, op 16 december 2008 in hoger beroep gekomen.

2.2. Op 17 december 2008 heeft Gouden Gids ten gunste van Justvoice door Fortis Bank (Nederland) N.V. (verder: Fortis), ter opheffing en/of voorkoming van conservatoire beslaglegging door Justvoice, een bankgarantie (met het nummer xxx) doen stellen, waarbij de bank zich jegens Justvoice garant heeft gesteld voor de voldoening van kort gezegd de onderhavige vordering, begroot op 1.900.000,=. Blijkens het bepaalde in artikel 2, aanhef en onder a, kan de bankgarantie pas worden ingeroepen als in de schadestaatprocedure in hoogste feitelijke instantie is beslist.

2.3. Bij het in de zaak met nummer 200.068.403/01 bestreden (eind)vonnis van 3 maart 2010, gewezen in de door Justvoice na voormeld vonnis van 17 september 2008 begonnen schadestaat-procedure, heeft de rechtbank onder afwijzing van het meer of anders gevorderde Gouden Gids veroordeeld Justvoice een bedrag van 369.900,43 te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 1 juli 2005 tot de dag van betaling. Tevens werd Gouden Gids verwezen in de proceskosten. Het vonnis werd uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Van dit vonnis is Gouden Gids, als onder 1 vermeld, op 21 mei 2010 in hoger beroep gekomen.

2.4. Justvoice heeft ingevolge laatstgenoemd vonnis ten laste van Justvoice op 26 april 2010 executoriaal derdenbeslag laten leggen onder Fortis en op 28 april 2010 onder ING Bank N.V. Het bedrag waarvoor Justvoice executeert bedraagt thans, naar Gouden Gids onweersproken heeft gesteld (appeldagvaarding van 21 mei 2010, onder II, eerste alinea), 485.551,45 (inclusief rente tot 10 maart 2010).

2.5. Bij vonnis in kort geding van 18 juni 2010, gewezen onder zaak- en rolnummer 459831/KG ZA 10-1003, heeft de voorzieningen-rechter in de rechtbank Amsterdam afgewezen:

- de primaire vordering van Gouden Gids tot opheffing van het door Justvoice gelegde executoriale beslag onder Fortis,
- de subsidiaire vordering van Gouden Gids tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis van 3 maart 2010 dan wel tot het verbieden van die tenuitvoerlegging totdat dat vonnis in kracht van gewijsde is gegaan,
- de meer subsidiaire vordering van Gouden Gids om Justvoice te veroordelen tot het verstrekken van een bankgarantie voor een bedrag van 471.149,53, te vermeerderen met 30% ter zake van rente en kosten (bij gebreke waarvan Justvoice de executie van het vonnis van 3 maart 2010 niet zou mogen voortzetten),
- de meer subsidiaire vordering van Gouden Gids om Justvoice op straffe van een dwangsom te veroordelen de door Fortis afgegeven bankgarantie aan Gouden Gids te retourneren.

Wel veroordeelde de voorzieningenrechter Justvoice bij dat vonnis op vordering van Gouden Gids om, zakelijk, de door Fortis afgegeven bankgarantie te doen verlagen tot een bedrag van

1.400.000,=, zulks op straffe van de verbeurte van een dwangsom. Gouden Gids werd, als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten verwezen en het vonnis werd uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Hoger beroep van dat vonnis is naar het hof ambtshalve bekend is op dit moment (nog) niet aanhangig.

In de zaak met zaaknummer 200.021.691/01 voorts:

2.6. Gouden Gids vordert op de voet van art. 222 Rv de voeging wegens verknochtheid van deze zaak met die onder zaaknummer 200.068.403/01.

2.7. Justvoice erkent dat de zaken zijn verknocht, maar verzet zich niettemin tegen de gevorderde voeging. Zij voert daartoe, kort gezegd, aan dat de behandeling van de zaken door de voeging onaanvaardbaar zal worden vertraagd, omdat het zich laat aanzien dat in hoger beroep de "hoofdprocedure" (het beroep tegen het vonnis van 17 september 2008, verder: de aansprakelijkheidsproce-dure) veel langer zal duren dan de schadestaatprocedure. Door (het hof leest:) anderhalf jaar te wachten met het dienen van grieven in de aansprakelijkheidsprocedure heeft Gouden Gids het recht verspeeld om de zaken gevoegd te doen behandelen. Aldus Justvoice.

2.8. Met partijen is het hof van oordeel dat de zaken verknocht zijn in de zin van art. 222 Rv. Het belang bij het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken is dusdanig groot dat de door Gouden Gids gevorderde voeging dient te worden gelast. Dat Gouden Gids in de zaak met het nummer 200.021.691/01 pas op 15 juni 2010 van grieven heeft gediend doet daaraan niet af, te minder omdat Justvoice er kennelijk voor heeft gekozen om Gouden Gids niet partijperemptoir met akte niet-dienen aan te zeggen (artikel 2.7 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven) en aldus mede verantwoordelijk is voor de trage voortgang van het proces in die zaak.

2.9. Het hof zal de beslissing over de kosten van het incident aanhouden tot het eindarrest in de hoofdzaak en de zaak naar de rol verwijzen voor memorie van antwoord in de hoofdzaak.

In de zaak met zaaknummer 200.068.403/01 voorts:

2.10. Gouden Gids legt aan haar incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis van 3 maart 2010 (art. 351 Rv) althans tot zekerheidsstelling door Justvoice in de vorm van een door haar af te geven bankgarantie (art. 235 Rv), kort gezegd, ten grondslag dat genoemd vonnis op een kenne-lijke juridische misslag berust, namelijk het onjuiste vonnis van 17 september 2008 in de aansprakelijkheidsprocedure, alsmede, dat een belangenafweging in haar voordeel moet uitvallen. In dit verband beroept Gouden Gids zich in het bijzonder op een volgens haar bestaand restituerisico en op de door haar verstrekte bankgarantie, welke volgens haar - met zich brengt dat Justvoice afstand heeft gedaan van haar recht om voorafgaand aan een uitspraak in hoogste feitelijke instantie tot executie van een in eerste aanleg gewezen vonnis over te gaan. Met betrekking tot haar voorwaardelijke provisionele vordering tot teruggaaf van de door Fortis afgegeven bankgarantie voert Gouden Gids, kort gezegd, aan dat, indien het hof de vordering tot schorsing afwijst, Justvoice door haar keuze voor executie van het vonnis van 3 maart 2010, geacht kan worden afstand te hebben gedaan van de haar door middel van de bankgarantie verstrekte zekerheid. Aan haar subsidiaire, maar onvoorwaardelijke, provisionele vordering tot, kort gezegd, vermindering van het bedrag van de bankgarantie voert Gouden Gids aan dat zij bij het vonnis van 3 maart 2010 tot een substantieel lager bedrag is veroordeeld dan het bedrag waarvoor zij Justvoice zekerheid heeft verstrekt.

2.11. Op het door Justvoice tegen de vorderingen gevoerde verweer zal hierna, voor zover nodig, worden ingegaan.

2.12. Het hof stelt vast dat Gouden Gids alle door haar thans incidenteel ingestelde vorderingen reeds aan de voorzieningen-rechter in de rechtbank Amsterdam heeft voorgelegd en dat die daarop bij het onder 2.5 genoemde vonnis van 18 juni 2010 heeft beslist. Een geëxecuteerde heeft in beginsel naast het recht in kort geding een vordering tot schorsing of staking van de execu-tie in te stellen krachtens art. 438 lid 2 Rv, tevens het recht om op grond van art. 351 Rv een soortgelijke vordering bij wege van incident in te stellen in de hoofdzaak in hoger beroep. Is echter, voordat in het incident in het hoger beroep uitspraak is gedaan, de vordering tot schorsing of staking krachtens art. 438 lid 2 Rv afgewezen en zijn door de geëxecuteerde geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken, die een hernieuwde beoorde-ling van een dergelijke vordering rechtvaardigen, dan kan het hof aan een inhoudelijke beoordeling van de incidentele vordering op grond van art. 351 Rv niet toekomen, omdat deze in dat geval als in strijd met

een goede procesorde moet worden afgewezen. Hetzelfde geldt mutatis mutandis met betrekking tot de andere door Gouden Gids in het voormelde kort geding ingestelde vorderingen, welke thans bij wege van incidentele vordering ex art. 235 Rv respectievelijk provisionele vorderingen ex art. 223 Rv aan het hof zijn voorgelegd. Alle in dit incident door Gouden Gids ingestelde vorderingen stuiten dan ook, bij gebreke van door Gouden Gids in dit incident gestelde feiten of omstandigheden die tot een hernieuwde beoordeling aanleiding geven, op het voorgaande af en zullen dan ook worden afgewezen. Met betrekking tot de subsidiair ingestelde provisionele vordering geldt bovendien dat Gouden Gids niet duidelijk heeft gemaakt dat en waarom de bankgarantie van Fortis op een lager bedrag moet worden vastgesteld dan het door de voorzieningenrechter bepaalde bedrag van 1.400.000,=.

2.13. De slotsom is dat de incidentele/provisionele vorderingen alle zullen worden afgewezen. Het hof zal de beslissing over de kosten van het incident aanhouden tot het eindarrest in de hoofdzaak en de zaak naar de rol verwijzen voor memorie van antwoord in de hoofdzaak.

3. De beslissing

Het hof:

in de zaak met zaaknummer 200.021.691/01:

in het incident:

gelast de voeging wegens verknochtheid van deze zaak met die onder zaaknummer 200.068.403/01;

houdt de beslissing omtrent de proceskosten aan tot het eindarrest in de hoofdzaak;

in de zaak met zaaknummer 200.068.403/01:

in het incident:

wijst de vorderingen af;

houdt de beslissing omtrent de proceskosten aan tot het eindarrest in de hoofdzaak;

in beide (thans gevoegde) zaken:

in de hoofdzaak:

verwijst de zaken naar de rol van 7 december 2010 voor het nemen van de memorie van antwoord;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.J.M. Smit, P.C. Römer en C.C.W. Lange, en is in het openbaar uitgesproken op 26 oktober 2010 door de rolraadsheer.