

Kroniek burgerlijk procesrecht 2005

Deel 1

Mr. W. Heemskerk, mr. T.F.E. Tjong
Tjin Tai, mw. mr. W.I. Wisman¹

In dit nummer het eerste deel van het jaarlijks overzicht van de jurisprudentie burgerlijk procesrecht; in het volgende nummer ook nieuwe wetgeving en literatuur.

INHOUD DEEL I

- ▶ **ALGEMENE BEGINSELEN**
 - Toegang tot de rechter
 - Goede procesorde
 - Hoor en wederhoor
 - Onafhankelijkheid en onpartijdigheid
 - Redelijke termijn
- ▶ **ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES**
- ▶ **BESLAG**
 - Eis in de hoofdzaak
 - Aansprakelijkheid beslaglegger
 - Opheffing beslag
 - Zekerheidstelling
 - Derdenbeslag
- ▶ **BEWIJS**
 - Bewijslastverdeling: hoofdregel
 - Bewijslastverdeling: andere verdeling
 - bewijslast
 - Bewijsaanbod
 - Waardering bewijs
 - Deskundigenbericht
 - Getuigenbewijs
 - Verschoningsrecht/geheimhouding
 - Voorlopig getuigenverhoor/deskundigenbericht
- ▶ **COMPARITIE VAN PARTIJEN**
- ▶ **COMPETENTIE**
 - Absolute/sectorale competentie
 - Internationale rechtsmacht
- ▶ **DAGVAARDING**
 - Betekening
 - Dagvaarding of verzoekschrift
 - Gebreken en herstelmogelijkheden
 - Inhoud dagvaarding
 - Substantiëringsplicht
- ▶ **EXECUTIE**
 - Schorsing executie
 - Executiegeschil
 - Dwangsom/lijsfdwang
 - Exequatur
- ▶ **EXHIBITIEPLICHT**

INHOUD DEEL II

- ▶ **HUURPROCESRECHT**
- ▶ **INCIDENTEN**
 - Zekerheidstelling
 - Vrijwaring
 - Voeging en tussenkomst
 - Verval van instantie
- ▶ **KORT GEDING**
- ▶ **KOSTEN**
 - Vast recht
 - Proceskosten
 - Buitengerechtigde kosten
- ▶ **MISBRUIK VAN PROCESRECHT**
- ▶ **PARTIJEN**
 - Bevoegdheid
 - Partijaanduiding
 - Exceptio plurium litis consortium
- ▶ **PLEIDOOI**
- ▶ **RECHTSMIDDELEN**
 - Hoger beroep
 - Appellabiliteit
 - Gebreken en herstel
 - Tussentijds hoger beroep
 - Grieven
 - Devolutieve werking
 - Varia
 - Cassatieberoep
 - Tussentijds cassatieberoep
 - Incidentele vordering schorsing/uitvoerbaarverklaring bij voorraad
 - Verzet
 - Herroeping
- ▶ **RECHTSMIDDELEN IN VERZOEKSCRIFTPROCEDURES**
- ▶ **SCHADESTAATPROCEDURE**
- ▶ **UITSpraak**
- ▶ **WIJZIGING VAN EIS**
- ▶ **NIEUWE WETGEVING**
- ▶ **LITERAATUUR**

ALGEMENE BEGINSELEN

TOEGANG TOT DE RECHTER

De toegang tot de rechter op grond van artikel 6 lid 1 EVRM gewaarborgd te zijn. Dat brengt onder omstandigheden een verplichting mee om te voorzien in kosteloze rechtsbijstand. Relevante omstandigheden zijn het belang van hetgeen er voor betrokkene(n) op het spel staat, de complexiteit van het toepasselijke recht en de procedure en de mogelijkheden die betrokkene(n) ten dienste staan om zichzelf op een effectieve manier te presenteren. Elk van beide partijen moet een redelijke gelegenheid hebben om haar zaak te presenteren onder voorwaarden die haar niet in een substantieel nadeliger positie plaatsen dan haar tegenstander. Die redelijke gelegenheid ontbrak aan Steel en Morris in de bijzonder omvangrijke en feitelijk en juridisch zeer gecompliceerde civiele smaadprocedure die McDonald's tegen hen startte, nadat zij pamfletten hadden verspreid met, in felle bewoordingen, beschuldigingen van economisch imperialisme, verspilling van grondstoffen, exploitatie van kinderen en uitbuiting van werknemers. Zie EHRM 15 februari 2005, NJ 2006, 39 m.nt. E.J. Dommering (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk).

De tenuitvoerlegging van Straatsburgse arresten is geen sinecure. Na vaststelling van een schending van het EVRM zijn verdragsstaten op grond van artikel 46 EVRM verplicht zich aan die einduitspraak te houden, hetgeen de plicht impliceert om billijke genoegdoening te verlenen en om

¹ De auteurs zijn allen advocaat bij Pels Rijkken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag.



maatregelen te nemen die een eind maken aan de schending en die de gevolgen van de schending zoveel mogelijk terugdraaien. Met de praktische uitwerking heeft het EHRM geen bemoeienis. Zo kan het EHRM lidstaten niet verplichten een proces te heropenen of een veroordeling te vernietigen. Indien daartoe niet wordt overgegaan, levert dat op zichzelf geen (nieuwe) schending van artikel 6 lid 1 EVRM op (EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2005, 195 m.nt. EAA). Annotator Alkema wijst er in zijn noot terecht op dat het de nationale rechter vrijstaat boven op de aan het nationale recht voorbehouden *restitutio in integrum* nog een extra compensatie toe te kennen en zo de gelaedeerde gunstiger te behandelen dan volgens het EVRM strikt noodzakelijk is.

Artikel 13 EVRM geeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel bij schending van de rechten en vrijheden in het EVRM. Deze bepaling gaat echter niet zover dat formele wetgeving voor de nationale rechter moet kunnen worden aangevochten wegens strijdigheid met het EVRM. Zie EHRM 19 juli 2005, *NJB* 2005, nr. 611 (af. 42) (X/Verenigd Koninkrijk). Voor het Nederlandse monistisch staatsbestel, waarin de wet wel degelijk aan verdragen kan worden getoetst, is de uitspraak uiteraard van minder belang dan voor het Britse dualistische.

GOEDE PROCESORDE

Het is de vraag of een rechterlijk verbod tot geheimhouding van bepaalde gegevens verdergaande beperkingen kan inhouden dan de regeling van de artikelen 27-29

Rv inzake de (beperking van) openbaarheid van zitting en uitspraak mogelijk maakt. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 14 juli 2005, *NJF* 2005, 321 acht dit in strijd met de beginselen van een goede procesorde 'nu uitgangspunt moet zijn dat partijen zich vrijelijk tot de rechter moeten kunnen wenden en hun stellingen moeten kunnen uiteenzetten onder overlegging van bewijsstukken, zoals ook volgt uit artikel 6 EVRM'.

In beginsel kan een verjaringsverweer voor het eerst in appèl gevoerd worden. Toch kan de goede procesorde, in het bijzonder het belang van partijen bij een goed en voortvarend verloop van de procedure, daaraan in de weg staan, aldus Hof Amsterdam 24 maart 2005, *JBPv* 2005, 68 m.nt. S.O.H. Bakkerus. Daarbij nam het Hof in aanmerking dat dit nieuwe fundamentele verjaringsverweer pas in de *tweede* appèlprocedure naar voren werd gebracht.

HOOR EN WEDERHOOR

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter in een civiele procedure slechts mag beslissen aan de hand van stukken tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven (HR 18 november 2005, *JOL* 2005, 655, rov. 3.5). Daarbij staat het de rechter niet vrij om rechtsgronden en verweren af te leiden uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd (HR 24 juni 2005, *JOL*

2005, 385, rov. 4.5; idem HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 92).

Het recht op hoor en wederhoor heeft ook consequenties voor de wijze waarop de rechter een verzoek om aanhouding van een mondelinge behandeling dient te beoordelen. Indien de advocaat van een van de partijen of belanghebbenden uitstel verzoekt op grond van plotseling en onverwacht opgekomen omstandigheden die niet in zijn risicosfeer of die van zijn cliënt liggen, terwijl – bijvoorbeeld vanwege de gecompliceerdheid van de zaak – ook niet mag worden verwacht dat de advocaat ervoor zorgdraagt dat zijn taak door een collega wordt waargenomen, dient het verzoek met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor gehonoreerd te worden (HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 251, rov. 3.4.2).

Van de in het beginsel van hoor en wederhoor gelegen bescherming kan, ook impliciet, afstand worden gedaan, zo blijkt uit HR 9 september 2005, *RvdW* 2005, 97, rov. 3.3. Het Hof mocht hier uit de proceshouding van partijen afleiden dat zij ermee instemden dat het Hof – in de kortgedingprocedure – mede acht zou slaan op een later nagezonden vonnis – in de bodemprocedure – zonder gelegenheid van partijen om zich over dit laatste vonnis nog nader uit te laten.

ONAFHANKELIJKHEID EN ONPARTIJDIGHEID

De eis van berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht kent een subjectieve kant (de persoonlijke overtuigingen van de rechter) en een objectieve kant (de vraag of twijfel omtrent de onpartijdigheid objectief gerechtvaardigd is). De objectieve onpartijdigheid werd aan de orde gesteld door een Finse vennootschap die haar zaak beslecht zag door een rechterlijk college, waarvan ook een Fins parlementslid als deskundige deel uitmaakte. De vennootschap beriep zich daarbij op de scheiding der machten. In EHRM 22 juni 2004, *NJ* 2005, 114 m.nt. EAA (Pabla Ky/Finland) maakt het Hof echter duidelijk dat het bij de objectieve onpartijdigheid niet gaat om een theoretische rechtsstatelijke benadering. Het Hof neemt in

aanmerking dat op zichzelf niet bezwaarlijk is dat deskundigen zitting hebben in een rechterlijk college. Voorts ontbreken aanwijzingen dat de politieke kleur van het parlementslid de zaak heeft kunnen beïnvloeden. Tot slot heeft het parlementslid geen wetgevende, uitvoerende of adviserende taken uitgevoerd met betrekking tot de feitelijke of juridische aspecten van de zaak.

Ook in EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006, 14 (Steck-Risch c.s./Liechtenstein) ging het om de objectieve onpartijdigheid van (parttime) rechter A, die als lid van het constitutionele hof moest oordelen over een uitspraak van (parttime) rechter B, terwijl beide rechters partner waren in hetzelfde advocatenkantoor, met dien verstande dat zij wel een kantoorruimte deelden maar geen gemeenschappelijk inkomen genereerden. Omdat van bijzonder hechte vriendschap of beroepsmatige, financiële of hiërarchische afhankelijkheid niet is gebleken, ziet het EHRM dit door de vingers. De zaak sneuvelde niettemin op schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

REDELIJKE TERMIJN

Partijen hebben op grond van artikel 6 EVRM recht op een behandeling van hun zaak en uitspraak daarin binnen een redelijke termijn (zie ook artikel 20 Rv). Of de termijn redelijk is hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder belang toekomt aan de complexiteit van de zaak, het gedrag van partijen en van de (rechterlijke) autoriteiten en het belang van partijen bij een spoedige beslissing. Zie bijvoorbeeld EHRM 2 december 2004, *NJ* 2005, 509 m.nt. SW, een geschil over een omgangsregeling, dat gezien het onderwerp volgens het Hof met de nodige voortvarendheid moet worden behandeld. Het Hof constateert evenwel geen schending.

Uit EHRM 9 maart 2004, *NJ* 2005, 13 (Pitkänen/Finland) blijkt dat bij de toetsing aan het vereiste van de redelijke termijn onder omstandigheden acht moet worden geslagen op de gezamenlijke duur van (in casu twee civiele) procedures die volgens het Hof niet los van elkaar kunnen worden gezien.

ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES

Tot vóór de hierna te noemen uitspraak was een arbitraal vonnis slechts aantastbaar bij het geheel en al ontbreken van enige motivering (vgl. artikel 1065 lid 1 aanhef en sub d Rv). In HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190 m.nt. HJS (Nannini/SFT Bank) oordeelde de Hoge Raad dat met het ontbreken van motivering op één lijn moet worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering is gegeven, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt. Hof Den Haag maakt van deze opening dankbaar gebruik in de uitspraak van 14 oktober 2004, *PrG* 2005, 14. Omdat enige steekhoudende verklaring voor de cruciale beslissing van arbiters om geen tegenbewijs toe te staan (volgens arbiters zou dit niet te leveren zijn) ontbreekt, sneuvelt het arbitrale vonnis.

Ook een gebrek in de ondertekening van een arbitraal vonnis is fataal (artikel 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv jo. artikel 1057 Rv). In Rechtbank Amsterdam 28 september 2005, *NJF* 2005, 448 kwam aan deze waarborg bovendien extra belang toe omdat aan het oorspronkelijke arbitrale vonnis een zin was toegevoegd.

Strikt genomen laat de wet niet toe dat een arbitraal vonnis partieel wordt vernietigd op andere gronden dan dat het scheidsgerecht meer of anders heeft toegewezen dan gevorderd (artikel 1065 lid 5 Rv). Hof Amsterdam 28 juli 2005, *NJF* 2005, 427 redeneert in het belang van de proceseconomie anders: wettelijk is partiële vernietiging niet uitgesloten. Hier kon het te vernietigen gedeelte van het arbitraal vonnis bovendien los worden gezien van de rest van het vonnis. HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 77 onderschrijft de mogelijkheid van partiële vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat, voor een deel, een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt en dat gedeelte niet onverbrekelijk samenhangt met de rest van het vonnis.

Een bindend advies is vernietigbaar, indien gebondenheid van een partij daaraan in verband met inhoud of wijze van totstand-

koming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 7:904 lid 1 BW). Als bij de totstandkoming procedurele fouten zijn gemaakt, is mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel is toegebracht aan de wederpartij, zo bevestigt HR 20 mei 2005, *RvdW* 2005, 76, *JBPr* 2005, 63 m.nt. F.J.H. Hovens, nog eens. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, geen algemeen antwoord valt te geven, maar dat naarmate de opdracht meer het karakter van rechtspraak heeft, hogere motiveringseisen gelden. Omgekeerd kunnen bij een opdracht die meer het karakter heeft van vaststelling van een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen ('zuiver' bindend advies), waar het gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan het oordeel lagere motiveringseisen worden gesteld.

Onaanvaardbaarheid van gebondenheid deed zich voor in Rechtbank Arnhem 1 juni 2005, *NJF* 2005, 367, waar de Geschillencommissie BOVAG de kern van het geschil niet op een behoorlijke manier had beoordeeld, nu enig onderzoek naar de trekkracht van de litigieuze Volkswagen Bora achterwege was gebleven en de bestreden stelling van de koper dat de trekkracht onvoldoende was zonder meer was gevolgd.

De lagere rechtspraak is verdeeld over de vraag of het niet-beproeven van (eerder overeengekomen) mediation in de weg staat aan de ontvankelijkheid van een vordering in rechte. Met onwillige honden is het echter slecht hazen vangen en voor mediation is wederzijdse bereidheid/vrijwilligheid van partijen om daaraan mee te werken nu eenmaal noodzakelijk. Rechtbank Maastricht 9 november 2005, *PrG* 2005, 214 oordeelt gelet hierop dat een partij de toegang tot de rechter niet ontzegd kan worden met een beroep op de mediationovereenkomst, als die bereidheid/vrijwilligheid van een partij ontbreekt. HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75 bevestigt de juistheid van deze benadering.

en toen dacht mijn ex : als ze 20 is,
bedruipt dochterlief zich zelf wel. Maar nu gaat
ze in het buitenland studeren en heb ik
nog een mooi beslagje
klaar... Tijd om
er iets van te
bakken!



BESLAG

EIS IN DE HOOFDZAAK

Tenzij de eis in de hoofdzaak op het moment van beslaglegging al is ingesteld, wordt beslagverlof verleend onder de voorwaarde dat deze binnen een door de beslagrechter te bepalen termijn wordt ingesteld (artikel 700 lid 3 Rv). Blijft het instellen van de eis in hoofdzaak binnen die termijn achterwege, dan vervalt het beslag van rechtswege.

De eis in de hoofdzaak moet strekken tot verkrijging van een executoriale titel voor de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd. Een vordering tot veroordeling primair tot afwikkeling huwelijkse voorwaarden over te gaan, subsidiair tot betaling van een nog te berekenen bedrag terzake, geldt volgens Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, *NJF* 2005, 435 niet als eis in hoofdzaak als bedoeld in artikel 700 lid 3 Rv, omdat de primaire vordering geen executoriale titel oplevert. In eerste aanleg oordeelde Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden 2 juni 2005, *NJF* 2005, 396 nog anders.

Hof Den Bosch 2 november 2004, *NJF* 2005, 323 oordeelt dat een vordering tot schadevergoeding, op te maken bij staat, ook als een eis in hoofdzaak kan gelden. Dat de zaak eerst

bij een onbevoegde rechter is aangebracht, die de zaak ex artikel 73 Rv verwijst, maakt dit niet anders. Het entameren van een schadelastprocedure is ook een vorm van executie, en wel 'par suite d'instance'. Zie ook Hof Arnhem 27 april 2004, *JBPr* 2004, 57 m.nt. M.A.J.G. Janssen.

AANSPRAKELIJKHEID BESLAGLEGGER

Vaste rechtspraak is dat – behoudens misbruik van bevoegdheid – beslag eerst onrechtmatig is, indien de vordering in de hoofdzaak geheel is afgewezen. Rechtbank Arnhem 20 oktober 2004, *NJF* 2005, 57 oordeelt dat het feit dat de beslaglegger heeft gewacht – in casu: 20 jaar (!) – met de executie van een vonnis, niet maakt dat het terzake leggen van beslag misbruik van bevoegdheid vormt.

OPHEFFING BESLAG

De beslagene die opheffing wil, moet zich wenden tot de voorzieningenrechter (artikel 705 lid 1 Rv); appèl van de verlobbeslissing is uitgesloten (artikel 700 lid 2 Rv). Hof Den Bosch 5 juli 2005, *NJF* 2005, 349, *JBPr* 2006, 13 m.nt. M.C. Ritsema van Eck-van Drempt onder 14 voegt hieraan toe dat ook een beroep op de doorbrekingsjurisprudentie geen appèl mogelijk maakt: de beslagene heeft nu eenmaal de mogelijkheid de voorzieningenrechter te adriëren.

Bevoegd ter zake van opheffing is de voorzieningenrechter die het verlob heeft verleend, aldus artikel 705 lid 1 Rv. Hoewel het hier, naar algemeen – in strijd met de parlementaire geschiedenis van artikel 705 lid 1 Rv – wordt aangenomen, niet om een exclusieve, maar een aanvullende bevoegdheid gaat, verklaart Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht 29 juli 2005, *NJF* 2005, 348, *JBPr* 2006, 27 m.nt. A.W. Jongbloed zich onbevoegd kennis te nemen van de vordering tot opheffing van beslag waarvoor verlob is verleend door de Haarlemse voorzieningenrechter, omdat laatstgenoemde de beslagene ter gelegenheid van de behandeling van het verlobverzoek heeft gehoord en – nu nova ontbreken – het opheffingsdebat aldus zou neerkomen op een herhaling van het verlobdebat.

Volgens Hof Amsterdam 16 december 2004, *NJF* 2005, 148 is met de afwijzing in eerste aanleg van de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd, op zichzelf nog niet summierlijk van de ondeugdelijkheid ervan gebleken. Van dit arrest is cassatieberoep ingesteld, dus naar verwachting zal in de loop van dit jaar duidelijk worden hoe de Hoge Raad denkt over het door het Hof verworpen argument, dat de kortgedingrechter zijn oordeel in beginsel dient af te stemmen op dat van de bodemrechter.

ZEKERHEIDSTELLING

In de zaak die heeft geleid tot Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 28 juli 2005, *JBPr* 2005, 76, m.nt. M.A.J.G. Janssen, heeft oorspronkelijk beslagene een bankgarantie gesteld, waarop de beslaglegger de beslagen heeft opgeheven. Vervolgens vordert de beslagene in kort geding afgifte van de bankgarantie op de grondslag dat de vorderingen van de beslaglegger ondeugdelijk zijn. De voorzieningenrechter wijst deze vordering af, onder meer overwegend dat artikel 705 lid 2 Rv niet van toepassing is. Uit de in de noot vermelde jurisprudentie blijkt dat de lagere rechtspraak terzake verdeeld is.

Beslag voor een geldvordering wordt opgeheven indien voldoende zekerheid wordt gesteld (artikel 705 lid 2 Rv). Volgens Hof

Den Bosch 17 mei 2005, *NJF* 2005, 434 levert een in het Nederlands handelsverkeer normaal gebruikelijke bankgarantie, afkomstig van een Nederlandse bank, niet onvoldoende zekerheid op wegens het enkele feit dat de garantie er niet toe leidt dat betaling kan plaatsvinden zodra er een toewijzend, maar nog niet in kracht van gewijsde gegaan, vonnis is.

HR 25 maart 2005, *JOL* 2005, 181 verduidelijkt – voorzover dat nog nodig was – dat de in artikel 705 lid 2 Rv vermelde zekerheidsstelling een bevoegdheid, maar geen verplichting vormt.

DERDENBESLAG

Voor de hand ligt dat een onder een maatschap van notarissen gelegd derdenbeslag zich niet ook automatisch uitstrekt tot vorderingen op de Stichting Derdengelden van dat kantoor, zoals Hof Den Haag 10 februari 2005, *NJF* 2005, 161 overweegt.

Point Break legt conservatoir derdenbeslag onder Van Lanschot ten laste van GFA. In het bijzonder betreft het beslag een uit hoofde van een documentair krediet door de bankier van Point Break ten behoeve van GFA op een tussenrekening van Van Lanschot betaald bedrag. Van Lanschot verweert zich in de door Point Break ex artikel 477a lid 2 Rv geëntameerde verklaringsprocedure met de stelling dat een beslag op een tussenrekening per definitie geen doel treft, omdat dit een intern bankinstrument is. Hof Den Bosch 29 maart 2005, *NJF* 2005, 235 verwerpt dit verweer, omdat het bedrag identificeerbaar was en GFA erover kon beschikken.

Indien niet binnen twee maanden een verklaringsprocedure wordt geëntameerd, moet de door de derde-beslagene afgelegde verklaring voor juist worden gehouden (artikel 477a lid 2 Rv). Blijkens HR 21 januari 2005, *RvdW* 2005, 17, *JBP* 2005, 62 m.nt. E. Loesberg, kan dit beletsel – behoudens misbruik van bevoegdheid – worden omzeild door opnieuw beslag te leggen en vervolgens wél tijdig een verklaringsprocedure aanhangig te maken, die uiteraard (slechts) betrekking heeft op de naar aanleiding van het tweede beslag afgelegde verklaring.

Hof Arnhem 29 maart 2005, *JBP* 2005, 71 m.nt. E. Loesberg, *NJF* 2005, 381 gaat over de situatie dat de derde-beslagene aan de executant heeft betaald hetgeen hij meende aan de geëxecuteerde verschuldigd te zijn, maar achteraf tot de ontdekking komt dat hij de geëxecuteerde niets schuldig was. Volgens het Hof kan een terugbetalingsvordering van de derde-beslagene tegen de executant niet op artikel 6:203 BW worden gegrond. De derde-beslagene moet het volgens het Hof doen met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de geëxecuteerde. De annotator meent dat onverschuldigde betaling onder omstandigheden wel degelijk grondslag voor een terugbetalingsvordering kan vormen.

Goederen die zijn bestemd voor de openbare dienst, zijn niet voor beslag vatbaar (artikelen 436 en 703 Rv). Volgens vaste rechtspraak kan dit beslagverbod zich ook uitstrekken tot gelden en is de reikwijdte bovendien niet beperkt tot goederen bestemd voor de Nederlandse openbare dienst. Zo wordt algemeen aangenomen dat de bepaling zich verzet tegen beslag op bankrekeningen van ambassades hier te lande. Ook door Nederland voor ontwikkelingshulp bestemde gelden vallen onder het beslagverbod (HR 3 mei 1985, *NJ* 1985, 646 (Vriesde/Staat)). Een computerfabrikant trachtte dan ook tevergeefs een vordering op de volksrepubliek Bangladesh te verhalen via een derdenbeslag onder de Staat op voor Bangladesh bestemde ontwikkelingsgelden: Voorzienenrechter Rechtbank Den Haag 7 februari 2005, *JBP* 2005, 28 m.nt. J.W. Westenberg. Saillant is dat in dezelfde zaak kort daarvoor nog anders werd geoordeeld: Voorzienenrechter Rechtbank Den Haag 3 december 2004, *JBP* 2005, 27.

De vraag rijst of het beslagverbod ook kan worden ingeroepen door een partij die zich met een derdenbeslag geconfronteerd ziet op gelden die zij verschuldigd is aan de Belastingdienst van een vreemde staat. Voorzienenrechter Rechtbank Amsterdam, *NJF* 2005, 330 meent van niet, aangezien de gelden nog niet waren toegekend aan een concrete overheidsdienst en dus de bestemming voor de openbare dienst

nog niet vaststond. Dit soort grensoverschrijdende derdenbeslagen roept vragen op, nu vreemde staten een betaling op grond van een derdenbeslag niet altijd erkennen. Uiterste consequentie kan zijn dat de derde-beslagene twee keer moet betalen en aldus de dupe wordt van een geschil waar hij verder part noch deel aan heeft. Vergelijk in dit verband HR 26 november 1954, *NJ* 1955, 698 m.nt. DJV (Lindeteves/Meilink).

Artikel 455 lid 1 Rv bepaalt dat nog niet verantwoorde en afgedragen baten, voortgebracht door de in beslag genomen zaken, mede onder het beslag vallen. HR 11 februari 2005, *NJ* 2006, 44, *JBP* 2005, 33, m.nt. E. Loesberg beslist dat deze voor executoriaal beslag geldende regel niet van overeenkomstige toepassing is bij conservatoir beslag: artikel 712 Rv verwijst niet naar artikel 455 en blijkens de parlementaire geschiedenis is dat een bewuste keuze van de wetgever.

BEWIJS

BEWIJSLASTVERDELING: HOOFDREGEL

Ook toepassing van de hoofdregel van artikel 150 Rv, te weten dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast daarvan draagt, is regelmatig tot en met de Hoge Raad voorwerp van discussie. Hoe complexer het geschil, hoe lastiger de bewijslastverdeling. Zie bijvoorbeeld HR 23 april 2005, *NJ* 2005, 259, rov. 3.4.2 (bestemmingswijziging artikel 293 WvK), HR 20 mei 2005, *RvdW* 2005, 75, rov. 4.2 (werkgeversaansprakelijkheid bij RSI-klachten), HR 9 september 2005, *NJ* 2005, 468, rov. 4.5.2 (bestaan ontbindende voorwaarde) en HR 18 november 2005, *RvdW* 2005, 128, rov. 3.3 (ontbreken geldige titel eigendomsoverdracht bij 'sale and lease back'-overeenkomst).

BEWIJSLASTVERDELING: ANDERE VERDELING BEWIJSLAST

De omkeringsregel behoort inmiddels tot de bagage van elke jurist. Zie HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK, verduidelijkt in HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305. De omkeringsregel is slechts van toepassing bij een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een

specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander, indien het gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot (HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 m.nt. DA).

Als de oorzaak van de schade niet is of kan worden vastgesteld, mist de omkeringsregel toepassing (HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA). Dan kan immers ook niet vaststaan dat het gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt. Ook bij verkeersongevallen bestaat omtrent de toedracht regelmatig onduidelijkheid. De omkeringsregel biedt dan geen soelaas, ook niet indien het slachtoffer door het ongeval in bewijsnood verkeert door geheugenverlies. Zie Rechtbank Rotterdam 25 mei 2005, *NJF* 2005, 325.

Toepassing van de omkeringsregel leidt tot een vermoeden van causaal verband tussen de normschending en het ontstaan van de schade. Tegenbewijs ter ontzenuwing van dit op grond van de omkeringsregel aangenomen vermoeden staat vrij, zo bevestigt HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78, rov. 3.6.

De omkeringsregel heeft alleen betrekking op het vermoeden van causaal verband tussen de gedraging in kwestie en het ontstaan van de schade. Dit vermoeden strekt zich niet zonder meer uit tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt. De omkeringsregel ziet dan ook niet op de vraag of in het kader van artikel 7:658 BW sprake is van opzettelijk of bewust roekeloos handelen (HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 539, rov. 3.3).

Uit de rechtspraak volgt dat de omkeringsregel slechts toepassing vindt, indien de geschonden norm 'specifiek' genoeg is (vergelijk HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA). Naarmate de gevolgen van de normschending ernstiger (kunnen) zijn, ligt vervulling van deze specificiteitseis meer voor de hand. De omkeringsregel vindt wel toepassing bij onrechtmatige blootstelling aan asbest (HR 17 december 2004, *RvdW* 2005, 4, *JBPr* 2005, 19 m.nt. C.J.M. Klaassen (Hertel/Van der Lugt), rov. 3.13), een verkeersongeval met rijden onder invloed (HR 8 april 2005, *NJ*

2005, 284, rov. 3.3.2 en 3.3.3) en een dodelijk skeelerongeval na ontbreken van een dringend advies om valhelm te dragen (HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 132, rov. 3.4.5).

De norm dat een bestuurder zich van kennelijk onbehoorlijk bestuur dient te onthouden strekt niet specifiek tot het voorkomen van het gevaar van het niet-betalen van belastingsschulden, zodat de omkeringsregel hier toepassing mist (HR 14 oktober 2005, *RvdW* 2005, 114, rov. 4.2.2 en 4.2.4). Hetzelfde geldt bij schending van de informatieplicht van de arts ex artikel 7:448 BW. Deze strekt er niet toe de patiënt te beschermen tegen de risico's die aan de voorgestelde behandeling verbonden zijn, maar om deze in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij deze behandeling zal ondergaan (Hof Leeuwarden 23 maart 2005, *NJF* 2005, 253).

Ook uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan een andere bewijslastverdeling voortvloeien. Uit HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99, *JBPr* 2006, 3 m.nt. C.J.M. Klaassen, rov. 4.3.2 blijkt dat het Hof op die grond een notaris mocht belasten met het bewijs dat zijn echtgenote de strekking en gevolgen van een door hem als kandidaat-notaris opgestelde akte van huwelijkse voorwaarden kon overzien toen hij deze door haar liet ondertekenen. De echtgenote, zich na echtscheiding (eindelijk) bewust van die strekking en gevolgen, beriep zich op dwaling.

Nogal wat publiciteit was er rond het Implanon-staafje, dat dient als anticonceptie maar tal van zwangerschappen niet leek te hebben voorkomen. Bij de (gewezen) zwangere dames bleek het staafje niet terug te vinden, waarop artsen en betrokken producenten probeerden elkaar de zwartepiet toe te spelen. Ook in dit geval was er volgens Rechtbank Den Bosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, m.nt. J.S. Kortmann, *NJF* 2005, 286 aanleiding voor omkering van de bewijslast op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid.

BEWIJSAANBOD

Met bewijslevering kan veel tijd gemoeid zijn en elk jaar moet de Hoge Raad er wel

weer een paar keer aan te pas komen om de appèlrechter op de vingers te tikken, omdat die een bewijsaanbod niet (op de aangegeven gronden) had mogen passeren. Volgens vaste rechtspraak mag een bewijsaanbod niet op grond van een prognose omtrent het resultaat van de bewijslevering worden gepasseerd (HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 5, rov. 3.4). Als er geen bewijsaanbod is gedaan, niet aan de stelplicht is voldaan of een bewijsaanbod onvoldoende gespecificeerd dan wel niet terzake dienend is, dan hoeft er uiteraard geen gelegenheid te worden geboden voor bewijslevering. Maar dat één van die afwijzingsgronden zich voordoet, moet wel steun vinden in de feiten. Zie respectievelijk HR 3 juni 2005, *JOL* 2005, 324, rov. 3.3, HR 29 april 2005, *JOL* 2005, 264, rov. 3.5 en HR 23 september 2005, *JOL* 2005, 509, rov. 4.5.2-4.5.3.

Vaste rechtspraak is dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet gespecificeerd behoeft te zijn. Tegenbewijs staat in beginsel altijd vrij. Dit geldt niet in het kader van de 'tweede' enquêteprocedure, waarin de ondernemingskamer bepaalde voorzieningen kan treffen indien uit het verslag van de aangestelde onderzoekers van wanbeleid is gebleken. Zie HR 8 april 2005, *RvdW* 2005, 51, rov. 3.9.

WAARDERING BEWIJS

Bij de waardering van bewijs komt de rechter grote vrijheid toe (vergelijk artikel 152 lid 2 Rv). Die vrijheid is onder omstandigheden beperkt. Zo levert een Nederlands strafvonnis dwingend bewijs op van het strafbare feit, waarvoor iemand wordt veroordeeld (artikel 162 Rv). Iets dergelijks geldt niet voor feiten die de ondernemingskamer heeft vastgesteld in het kader van een enquêteprocedure. Deze feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs, aldus HR 8 april 2005, *RvdW* 2005, 51, rov. 3.8.

Ook tegen dwingend bewijs kan tegenbewijs geleverd worden. Voor het slagen van tegenbewijs is voldoende dat het door de andere partij geleverde bewijs erdoor wordt ontzenuwd (HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468). Aan tegenbewijs tegen dwingendrechtelijk bewijs

worden geen hogere eisen gesteld, al zal de rechter niet al te gemakkelijk mogen aannemen dat een wettelijk vermoeden of 'preuve constituée' is ontzenuwd. Zie uitvoerig over tegenbewijs de conclusie van A-G Spier voor HR 21 oktober 2005, *JOL* 2005, 601.

DESKUNDIGENBERICHT

Een deskundige dient op grond van artikel 198 lid 2 Rv partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen en daarvan melding te maken in het schriftelijk (deskundigen)bericht. Een verzuim om aan dit voorschrift te voldoen, staat in zijn algemeenheid niet aan het gebruik van het deskundigenbericht in de weg. De feitenrechter dient in zo'n geval te beoordelen of nadere voorlichting door deskundigen geïndiceerd is, aldus HR 25 november 2005, *JOL* 2005, 676, rov. 3.10.

Indien een partij het voorschot voor de deskundige niet binnen de daarvoor gestelde termijn voldoet of medewerking onthoudt aan een onderzoek door deskundigen, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (respectievelijk artikel 196 lid 2 en 198 lid 3 Rv). Het behoeft niet te verbazen dat dat fataal kan uitpakken: HR 11 februari 2005, *JOL* 2005, 99.

Dat een partij een – voor de toewijzing van haar vordering(en) door de rechter kennelijk noodzakelijk geacht – deskundigenonderzoek kan frustreren door het voorschot niet te voldoen, betekent niet dat de partij die 'betaalt' ook 'bepaalt' en de deskundige, die een aanvang met zijn werkzaamheden heeft gemaakt, kan opdragen deze te staken. Dat kan alleen de rechter, aldus Rechtbank Zwolle-Lelystad 13 oktober 2004, *NJF* 2005, 61, rov. 5.

Het staat de rechter volgens Rechtbank Arnhem 24 november 2004, *NJF* 2005, 116 vrij om een deskundige te benoemen die slechts door één partij is genoemd. Dat laat uiteraard onverlet dat later bezwaren kunnen worden aangevoerd tegen de bevindingen van de deskundige.

GETUIGENBEWIJS

In het strafrecht wordt al jaren gedebatteerd over de toelaatbaarheid van anoniem getuigenbewijs. In civilibus speelt die vraag een enkele keer ook, zoals Rechtbank Utrecht 9 november 2005, *Prg* 2005, 215 illustreert. Hier verzocht een curator om enkele wettelijke bepalingen inzake opgave van persoonsgegevens van te horen getuigen niet na te (hoeven) leven in verband met vrees voor represailles. De rechtbank wees de mogelijkheid van anoniem horen bij reële vrees voor leven, gezondheid, veiligheid, gezinsleven en sociaal-economisch bestaan niet principieel af, maar oordeelde dat deze vrees in casu niet voldoende was onderbouwd.



De getuige in de zaak die leidde tot Hof Amsterdam 24 maart 2005, *NJF* 2005, 208 beriep zich op zijn eigen veiligheid teneinde te ontkomen aan de plicht als getuige te antwoorden op vragen van welke collega van ING hij een vuurwapen had gekocht. Het Hof oordeelde dat de waarheidsvinding in dit geval moest prevaleren en achtte gijzeling van de getuige toelaatbaar, daarbij stipulerend dat de partij die een weigerachtige getuige wenst te horen vrij is in de keuze langs welke weg zij dit doel wil bereiken.

Tot veel kritische geluiden leidde HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 272, *JBP* 2005, 49 m.nt. H.L.G. Wieten, rov. 5.3, waaruit volgt dat een verklaring van de ene partijgetuige geen begin van bewijs kan opleveren dat als aanvullend bewijsmiddel kan dienen bij de verklaring van een andere partijgetuige. In het licht van de strenge uitleg die de Hoge Raad hier geeft aan artikel 164 lid 2 Rv, verbaast het wellicht enigszins dat de cedent van een vordering in de procedure waarin de cessionaris deze vordering geldend maakt jegens de debitor cessus volgens de Hoge Raad niet, als ware zij materiële procespartij, met de procespartij op één lijn gesteld moet worden. Deze kan dus niet als partijgetuige worden aangemerkt: HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 58, *JBP* 2005, 65 m.nt. H.L.G. Wieten. Dat laat uiteraard onverlet dat de rechter bij de waardering van diens verklaring betekenis kan toekennen aan de materiële betrokkenheid van de cedent. Zie ook F.J. Fernhout, *Advocatenblad* 2005-10, p. 482-484.

VERSCHONINGSRECHT/GEHEIMHOUDING

Volgens vaste rechtspraak komt een verschoningsrecht aan een getuige toe en niet aan partijen. Indien de rechter nalaat een getuige op zijn mogelijke verschoningsrecht te wijzen, leidt dit niet tot nietigheid of bewijsuitsluiting, aldus Hof Leeuwarden 25 mei 2005, *NJF* 2005, 306.

Een executeur-testamentair heeft als zodanig geen wettelijke geheimhoudingsplicht en dus ook niet een daarmee corresponderend verschoningsrecht, ook niet als hij toevallig ook (kandidaat-)notaris is: Rechtbank Assen 9 februari 2005, *NJF* 2005, 150.

Een Stichting Beheer Derdengelden die overeenkomstig de aankondiging van een cliënt een groot bedrag op haar bankrekening ontving, dacht een vordering op grond van onverschuldigde betaling te kunnen afweren met een beroep op haar verschoningsrecht en weigerde gegevens te verstrekken over de desbetreffende cliënt. Dat ging Rechtbank Maastricht 16 februari 2005, *NJF* 2005, 174, rov. 3.5 te ver, waarbij een link werd gelegd met het in artikel 29 van de Gedragsregels voor advocaten tot uitdrukking gebrachte uitgangspunt dat een advocaat in zijn con-

tacten met derden misverstand dient te vermijden over de hoedanigheid waarin hij optreedt.

Het grote belang dat dient te worden gehecht aan de waarheidsvinding brengt mee dat slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting om als getuige een verklaring af te leggen (HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394). Een geheimhoudingsregeling in een mediationovereenkomst, te kwalificeren als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv, kan het belang van de materiële waarheidsvinding echter tot op zekere hoogte opzijzetten: Rechtbank Utrecht 2 februari 2005, *JBPr* 2005, 46 m.nt. C.J.M. Klaassen, *NJF* 2005, 152. Zie nader over geheimhouding en mediation R. Verkijk, *Advocatenblad* 2005-11, p. 484-486.

De geheimhoudingsplicht van een functioneel verschoningsgerechtigde houdt na overlijden van patiënt of cliënt niet op. Een zwaarwegend belang kan een inbreuk daarop echter wel rechtvaardigen, aldus Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 15 augustus 2005, *PrG* 2005, 195 (zie ook HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600).

VOORLOPIG GETUIGENVERHOOR/ DESKUNDIGENBERICHT

De rechterlijke macht steekt niet onder stoelen of banken dat zij niet staat te springen om verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen. Rechtbank Rotterdam heeft het RiKken (*Advocatenblad* 2004-13, p. 634-637), Rechtbank Den Haag heeft in een circulaire laten weten dat verzoeken tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor weinig prioriteit genieten. De Hoge Raad lijkt aan dit soort sentimenten tegemoet te hebben willen komen. Met HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 m.nt. DA, *JBPr* 2005, 21 m.nt. E.F. Groot (Frog/Floriade), rov. 3.2.2 zijn de gronden voor afwijzing van een voorlopig getuigenverhoor gelijk getrokken met die voor het voorlopig deskundigenbericht. De laatste leken iets ruimer na HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 en HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441. Die afwijzingsgronden zijn: a) het verzoek is in strijd met een goede procesorde, b) er is sprake van misbruik van de bevoegd-

heid om een voorlopige bewijsverrichting te vragen en c) het verzoek stuit af op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar. In Frog/Floriade sauveerde de Hoge Raad de afwijzing van het verzoek door het Hof, die met name stelde op proceseconomische overwegingen: de getuigen zouden niet gehoord zijn voor het (tussen)vonnis in de bodemprocedure dat naar verwachting meer duidelijkheid zou bevatten omtrent te bewijzen stellingen en bewijslastverdeling (vergelijk Rechtbank Den Bosch 3 november 2004, *NJF* 2005, 117). Overigens blijkt uit Hof Amsterdam 20 januari 2005, *NJF* 2005, 184 dat Frog ook hangende de cassatieprocedure nog, tevergeefs, een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor heeft ingediend met het oog op een volledig beeld van de zaak bij het opstellen van een memorie van grieven. Anders dan de beslissing die voorlag in de cassatieprocedure, is laatstbedoelde afwijzing uitdrukkelijk gebaseerd op het oordeel dat Frog misbruik maakt van de bevoegdheid een voorlopig getuigenverhoor te vragen, op dat moment een 'onbetwiste' afwijzingsgrond.

Uit de rechtspraak blijkt dat – binnen de aangegeven afwijzingsgronden – ruimte bestaat om betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat het met het voorlopig getuigenverhoor beoogde doel langs andere weg kan worden bereikt (Hof Amsterdam 27 januari 2005, *NJF* 2005, 176, waarin het verzoek zag op gegevens ten aanzien waarvan ook een vordering op grond van artikel 843a Rv was ingesteld; Hof Leeuwarden 22 september 2005, *NJF* 2005, 430, waarin verzoekster de mogelijkheid had om over het door haar gewraakte optreden van politie en Openbaar Ministerie in een artikel 12 Sv-procedure kon klagen). Verder blijkt dat een voorlopige bewijsverrichting ook ergens toe moet kunnen leiden of iets moet toevoegen aan hetgeen reeds bekend is (Hof Leeuwarden 22 september 2005, *NJF* 2005, 430 en Hof Den Haag 6 november 2003, *NJ* 2005, 100).

Het enkele feit dat een partij in een eerder stadium heeft geweigerd medewerking te verlenen aan een (in casu medisch) deskundigenonderzoek, betekent niet dat deze partij het recht verspeelt om in een later stadium te

verzoeken om een voorlopig deskundigenbericht: Rechtbank Dordrecht 9 februari 2005, *NJF* 2005, 159, rov. 18.

In de praktijk wordt nog wel eens vergeten dat van de toewijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht geen appèl openstaat (artikel 204 lid 2 Rv). Slechts indien de rechter buiten het toepassingsgebied van deze bepaling treedt of deze ten onrechte buiten toepassing laat of bij de behandeling van de zaak essentiële vormen heeft verzuimd, kan dit appèlverbod worden doorbroken (vergelijk Hof Den Bosch 17 mei 2005, *NJF* 2005, 372, waarin grond voor doorbreking ontbrak).

Al geruime tijd vormt voorwerp van debat de vraag of het voorlopig getuigenverhoor heeft te gelden als voorlopige of bewarende maatregel als bedoeld in artikel 24 EEX (art. 31 EEX-Vo). Die vraag is van belang omdat deze bepaling ook rechtsmacht geeft, indien de bevoegdheid ontbreekt om van het bodemgeschil kennis te nemen. Door een schikking na HR 24 maart 1995, *NJ* 1998, 414 werden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie hierover uiteindelijk niet beantwoord. De vraag wordt maar gedeeltelijk beantwoord door HvJ EG 28 april 2005, *JBPr* 2005, 47 m.nt. M. Freudenthal (St. Paul Dairy/Unibel), namelijk voorzover het voorlopig getuigenverhoor ertoe strekt de verzoekende partij in staat te stellen na te gaan of de vordering opportuun is. In dat geval is het Nederlands voorlopig getuigenverhoor geen voorlopige of bewarende maatregel als bedoeld in het EEX(-Vo). Zie ook de instructieve noot van Freudenthal, die terecht oppert dat het antwoord wel eens anders zou kunnen luiden indien het gaat om een echte voorlopige voorziening, namelijk om te voorkomen dat bewijs verloren gaat.

COMPARITIE VAN PARTIJEN

Ingevolge artikel 88 lid 4 Rv kan de rechter uit het niet-verschijnen van een partij bij een comparitie van partijen de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Hoe ingrijpend de gevolgen hiervan kunnen zijn illustreeren Hof Arnhem 27 juli 2004, *JBPr* 2005, 56 m.nt. W.I. Wisman, Kantongerecht Zwolle

29 maart 2005, *JBPr* 2005, 61, m.nt. W.I. Wisman onder 56, *PrG* 2005, 68, Rechtbank Alkmaar 13 juli 2005, *NJF* 2005, 377. De uiterste consequentie bij niet-verschijnen van eiser is dat een vordering in conventie wordt afgewezen en een vordering in reconventie toegewezen.

In geval van plotseling en onverwacht opgekomen omstandigheden die niet in de risicosfeer van een partij of haar raadsman liggen, zal een verzoek om uitstel van de comparitie (in niet al te eenvoudige zaken) gehonoreerd moeten worden gelet op HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 251, rov. 3.4.2 (zie hiervoor Algemene beginselen, Hoor en wederhoor). In de zaken die leidden tot Hof Amsterdam 7 april 2005, *JBPr* 2005, 69 en Hof Den Bosch 21 juni 2005, *JBPr* 2005, 73, m.nt. W.I. Wisman ontbraken dergelijke omstandigheden en werd tevergeefs geklaagd over schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

COMPETENTIE

ABSOLUTE/SECTORALE COMPETENTIE

Excepties moeten, op straffe van verval, uiterlijk bij conclusie van antwoord worden opgeworpen (artikel 128 lid 3 Rv). Dit betekent dat een onbevoegdheidsverweer niet voor het eerst in hoger beroep gevoerd kan worden. Naar Antilliaans procesrecht is dit niet anders: HR 29 april 2005, *RvdW* 2005, 64, rov. 4.1.

De lagere rechtspraak is unaniem in het oordeel dat geen beroep meer kan worden gedaan op de onbevoegdheid van de rechter na (een uitspraak in) een vrijwaringsincident: Rechtbank Dordrecht 13 oktober 2004, *NJF* 2005, 80, Rechtbank Breda 1 juni 2005, *NJF* 2005, 264 en Rechtbank Den Bosch 20 juli 2005, *NJF* 2005, 335. De gedachte lijkt te zijn dat met een vrijwaringsincident impliciet de bevoegdheid van de rechter wordt aanvaard.

Deze benadering strookt met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, die erop neer komt dat betwisting van de bevoegdheid in geen geval nog kan plaatsvinden na het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht als het eerst voor de aangezochte



rechter voorgedragen verweer is te beschouwen (vergelijk Rechtbank Breda 1 juni 2005, *NJF* 2005, 264).

Een onbevoegdheidsverweer hoeft niet letterlijk vooraf te gaan aan andere weren, maar kan gewoon bij conclusie van antwoord worden opgeworpen. Voldoende is het als op de onbevoegdheid duidelijk een beroep wordt gedaan, ook al ontbreekt onder het desbetreffende processtuk een conclusie of slotsom 'tot onbevoegdheid': Hof Den Haag 7 juli 2005, *NJF* 2005, 337.

Tegen de beslissing van de rechter op een beroep op diens relatieve onbevoegdheid, ongeacht de vraag of een dergelijk beroep wordt gehonoreerd of verworpen, staat geen hogere voorziening open (artikel 110 lid 3 Rv). Een belang bij het beroep op de relatieve onbevoegdheid hoeft niet gesteld te worden: Kantongerecht Den Bosch 18 december 2003, *PrG* 2005, 54.

In het licht van het wettelijk stelsel is vanzelfsprekend dat een rechter zich voor een deel van de vordering, indien daarop een arbitragebeding van toepassing is, onbevoegd kan verklaren (Rechtbank Dordrecht 27 april 2005, *NJF* 2005, 233). Het laat zich overigens raden dat dit tot processuele complicaties kan leiden en mogelijk zelfs onverenigbare uitspraken van de rechter enerzijds en de arbiter anderzijds.

INTERNATIONALE RECHTSMACHT

Sinds 1 maart 2001 vervangt de EEX-verordening (EEX-Vo) het EEX-verdrag (EEX). Het materiële toepassingsgebied is gedefinieerd in artikel 1 EEX(-Vo): burgerlijke en handelszaken. De vraag is of dit in de weg staat aan toepasselijkheid van EEX(-Vo) in geschillen waarbij een overheid(sorgaan) betrokken is. Leidend is of de betrokken overheid handelt krachtens overheidsbevoegdheid dan wel op voet van gelijkheid met een particulier aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen. Of krachtens een overheidsbevoegdheid wordt gehandeld, moet worden onderzocht aan de hand van de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking of van het voorwerp van het geschil. Het EEX was dus gewoon van toepassing in een geschil over een privaatrechtelijke borgtochtvereenkomst ter garantie van een douaneschuld, omdat de overheid slechts privaatrechtelijke bevoegdheden aanwendde: HvJ EG 15 mei 2003, *NJ* 2005, 65 m.nt. PV. Vgl. ook HvJ EG 5 februari 2004, *NJ* 2005, 66 m.nt. PV, rov. 18-21 en HvJ EG 15 januari 2004, *NJ* 2005, 411 m.nt. PV, rov. 20-23.

Uitgangspunt is dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is (artikel 2 EEX(-Vo)). In een uitspraak van 1 maart 2005 heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat deze rechter zich niet onbevoegd kan verklaren op de grond dat een gerecht van een niet-verdragsluitende staat een geschikter forum zou zijn om van het betrokken geschil kennis

te nemen. Een beroep op de 'forum non conveniens'-exceptie kan dus niet derogeren aan artikel 2 EEX(-Vo) (Owusu, C-281/02, rov. 37-46, www.curia.eu.int).

Voor de bevoegdheid in verzekeringszaken geldt een bijzondere regeling (afdeling 3 EEX(-Vo)). Deze strekt ter bescherming van de economisch zwakkere verzekeringnemer en is niet van toepassing op onderlinge claims tussen verzekeraars: HvJ EG 26 mei 2005, *NJB* 2005, nr. 393 (aflevering 27).

Art. 24 EEX-Vo gaat over de stilzwijgende forumkeuze (vergelijk artikel 9 Rv), artikel 23 EEX-Vo over de uitdrukkelijke forumkeuze. Voor de laatste gelden bijzondere eisen. De overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht moet zijn gesloten a) bij schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst, b) in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden of c) in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte (hadden behoren te) zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen. Een eenzijdige verwijzing naar algemene voorwaarden die een forumkeuzebeding bevatten levert eigenlijk alleen bij toepasselijkheid van de onder c) omschreven situatie een rechtsgeldige forumkeuze op. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 16 maart 2005, *JBPr* 2005, 59, m.nt. G.S.C.M. van Roeyen. Vergelijk ook Rechtbank Dordrecht 22 december 2004, *NJF* 2005, 100. Het staat partijen vrij voor de afdoening van eventuele geschillen twee of meer gerechten aan te wijzen, zo bevestigt Rechtbank Rotterdam 10 augustus 2005, *NJF* 2005, 426.

Ook als een rechter niet bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen, kan rechtsmacht worden ontleend aan artikel 31 EEX-Vo voor het treffen van voorlopige of bewarende maatregelen. Het voorlopig getuigenverhoor is niet zo'n maatregel als het de verzoeker er slechts om gaat de opportuniteit van een eventueel bodemgeschil te beoordelen: HvJ EG 28 april 2005, *JBPr*

2005, 47 m.nt. M. Freudenthal (St. Paul Dairy/Unibel) (zie ook hiervóór onder Bewijs, Voorlopig getuigenverhoor/deskundigenbericht). Een vordering tot zekerheidstelling door middel van een bankgarantie is dat wel: Hof Amsterdam 1 september 2005, *NJF* 2005, 445, het vervolg op *NJ* 2001, 200 en *NJ* 2005, 403 m.nt. PV.

De litispendingeregeling van artikel 27 EEX-Vo strekt ertoe te voorkomen dat tegelijkertijd in verschillende landen wordt geprocedeerd over dezelfde zaak. Als eenmaal een zaak aanhangig is, moet elke later aangezochte rechter zijn uitspraak amts-halve aanhouden totdat de bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter vaststaat. Van aanhangigheid is sprake als beide procedures worden gevoerd a) tussen dezelfde partijen en de vorderingen b) over hetzelfde onderwerp gaan en b) op dezelfde oorzaak berusten. Hoewel een ruime uitleg van deze vereisten gelet op de ratio van de regeling in de rede ligt (Rechtbank Arnhem 19 januari 2005, *NJF* 2005, 141), heeft een vordering tot fondsvorming ter beperking van aansprakelijkheid niet 'hetzelfde onderwerp' als een vordering tot schadevergoeding ter zake van dezelfde schade (HvJ EG 14 oktober 2004, *NJB* 2005, nr. 1 (aflevering 1)). Vgl. ook Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 27 juli 2005, *NJF* 2005, 408 over de litispendingeregeling van artikel 31 lid 2 CMR.

De geadieerde rechter moet steeds rekening houden met bevoegdheidsregels van bijzondere verdragen, die voorrang hebben boven het EEX (artikel 57) of de EEX-Vo (artikel 71): HvJ EG 28 oktober 2004, *NJ* 2005, 430 m.nt. PV.

DAGVAARDING

BETEKENING

De EG-Betekeningverordening blijft veel vragen oproepen, die een voor een beantwoord worden. De vraag of de weigering van een dagvaarding wegens ontbreken van een bijgaande vertaling leidt tot nietigheid van de betekening, is ontkennend beantwoord in HvJ EG 8 november 2005, nr. C-443/03, *JBPr* 2006, 1 m.nt. Freudenthal. Het verzuim met betrekking tot de vertaling kan dan worden

hersteld door alsnog onverwijld, overeenkomstig de verordening gestelde eisen, deze vertaling toe te zenden. Andere problemen moeten naar nationaal procesrecht worden behandeld, waarbij evenwel geen afbreuk moet worden gedaan aan de volle werking van de verordening, met inachtneming van het doel ervan.

In HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 347 m.nt. PV, *JBPr* 2005, 39 m.nt. A. Knigge en L. Dufour, rov. 2.2 en 2.5 acht de Hoge Raad de Betekeningverordening toepasselijk op een geschil dat primair op belastingrecht, subsidiair op onrechtmatige daad betrekking heeft, omdat het gekunsteld zou zijn als de verordening alleen op de subsidiaire vordering van toepassing zou zijn nu beide vorderingen betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex.

In gevallen waar de EG-Betekeningverordening van toepassing is volgt uit artikel 63 juncto 56 lid 3 Rv dat de termijn van appèl of cassatie kan worden gered door betekening bij de advocaat of procureur uit vorige instantie, mits binnen veertien dagen gevolgd door verzending van een afschrift aan de ontvangende instantie. Uit deze bepaling volgt, zo oordeelt terecht Hof Amsterdam 21 juli 2005, *NJF* 2005, 415, dat de betekening aan de procureur of advocaat ongeldig is als die verzending naar het buitenland niet heeft plaatsgevonden, ook als gedaagde bij procureur is verschenen. Hetzelfde Hof oordeelde dat het niet-naleven van de eisen van artikel 56 Rv geen gevolgen heeft indien de raadsman van gedaagden is verschenen en kennelijk alle gelegenheid had zich voor te bereiden en verweer te voeren (Hof Amsterdam 2 december 2004, *NJF* 2005, 83).

Betekening aan een tent bleek voldoende voor Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle 19 oktober 2005, *PrG* 2005, 200. Hoewel gedaagde op een bepaald adres was ingeschreven, toonde eiser door een verklaring van de deurwaarder aan dat gedaagde inmiddels was ontruimd van dat adres. De voorzieningenrechter interpreteert dit aldus, dat gedaagde zich kennelijk door eigen handelen in een situatie heeft gebracht die tot ontrui-

ming heeft geleid, wat gelijk kan worden gesteld aan het verrichten van daden waaruit de wil tot prijsgeven van de woonplaats blijkt (artikel 1:11 lid 1 BW). Vervolgens bleek uit omstandigheden, waaronder het oprichten van een postbus bij de tent, en het aldaar laten bezorgen van brieven van het UWV, dat gedaagde op de kampeerplaats woon- of verblijfplaats had. Verstek werd verleend.

DAGVAARDING OF VERZOEKSCRIFT

In het kader van een dagvaardingsprocedure aangaande beëindiging van samenleving had de vrouw ook verzocht om kinderalimentatie voor de zoon, wat evenwel bij verzoekschrift dient te worden ingesteld. Het Hof verklaarde de vrouw niet-ontvankelijk, hetgeen onjuist is, nu de wisselbepaling van artikel 69 Rv te dien aanzien had moeten worden toegepast. Aldus HR 1 april 2005, *NJ* 2005, 348, rov. 3.2 en 3.3. De vrouw had ook nog betoogd dat de zaken zozeer connex zijn, dat zij in dezelfde dagvaardingsprocedure konden worden behandeld, maar dat ging de Hoge Raad te ver.

GBREKEN EN HERSTELMOGELIJKHEDEN

Het is een bekend fenomeen dat herstelexploten vaak ook op hun beurt weer gebrekkig zijn en herstel behoeven, waar het dan echter veelal te laat voor is. Een dergelijke aaneenschakeling van herstelexploten was aan de orde in HR 22 april 2005, *RvdW* 2005, 63, *JBPr* 2005, 51 m.nt. E.L. Schaafsma-Beversluis, rov. 3.4. Appellant werd evenwel deels gered doordat slechts één van geïntimeerden de niet-ontvankelijkheid inriep. De overige geïntimeerden waren verschenen en hadden alleen inhoudelijk verweer gevoerd. Appellant was dan ontvankelijk in zijn appèl jegens de overigen. Hieruit volgt dat de wederpartij uitdrukkelijk de niet-ontvankelijkheid zal moeten inroepen.

Het werd altijd aangenomen dat een herstelexploot ex artikel 63 Rv betekend kon worden aan het adres van de procureur of advocaat van vorige instantie, hoewel artikel 125 lid 2 Rv in het systeem van de wet hier twijfel over zou kunnen doen ontstaan. De Hoge Raad heeft met een redelijke wetstoepassing uitdrukkelijk bevestigd dat zodanige betekening geldig is (HR 21 januari 2005, *RvdW*



2005, 17, *JBPr* 2005, 62 m.nt. E. Loesberg, rov. 4.2).

Voor betekening aan het in vorige instantie gekozen domicilie is uiteraard vereist dat daadwerkelijk domicilie is gekozen. In HR 23 december 2005, *JOL* 2005, 766 bleek daar niet van, zodat de dagvaarding gebrekkig was. De Hoge Raad liet evenwel herstel toe op de voet van artikel 121 lid 2 Rv, zodat alsnog verstek kon worden verleend.

INHOUD DAGVAARDING

In Kantongerecht Heerlen 1 juni 2005, *Prg* 2005, 154 en Rechtbank Den Bosch 6 april 2005, *NJF* 2005, 182 leidt een gebrek aan duidelijkheid omtrent het gevorderde en de grondslag daarvan tot nietigheid van de dagvaarding, in overeenstemming met artikel 21 Rv. Kantongerecht Deventer 28 juli 2005, *Prg* 2005, 175 beperkt zich bij een even slordige wijze van procederen door eiser tot afwijzing van de vordering.

SUBSTANTIËRINGSPLICHT

Uiteraard dienen partijen hun verweer toereikend te onderbouwen, zowel met een voldoende uitgewerkte argumentatie als met voldoende toegelichte producties. Als hier niet aan worden voldaan, kan dat tot gevolg hebben dat de desbetreffende stellingname wordt verworpen. De laatste jaren wordt een verzuim van zodanige onderbouwing vaak geduid in termen van schending van de substantiëringsplicht. Naar de letter is dit onjuist, nu de substantiëringsplicht primair betrekking heeft op de plicht tot onderbouwing in de dagvaarding ex artikel 111 lid 3

Rv, niet zozeer op de verplichting van artikel 21 Rv, terwijl het hier gaat om tekortschieten in latere onderbouwing of in onderbouwing van een verweer als gedaagde. Het eindresultaat is hetzelfde als vroeger. Zie ten aanzien van eiser: Kantongerecht Rotterdam 18 mei 2004, *NJF* 2005, 21 (onvoldoende aanknopingspunten over treffen voorzorgsmaatregelen door werkgever), Kantongerecht Dordrecht 25 augustus 2005, *Prg* 2005, 167 (onvoldoende onderbouwing vordering door eiseres), Kantongerecht Maastricht 13 april 2005, *Prg* 2005, 112 (onvoldoende onderbouwing) en ten aanzien van gedaagde: Kantongerecht Tiel 15 december 2004, *Prg* 2005, 80 (het voeren eerst bij conclusie van dupliek voeren van inhoudelijk verweer is in strijd met de substantiëringsplicht) en Kantongerecht Den Haag 16 december 2004, *Prg* 2005, 34 (enkel overleggen van producties is onvoldoende voor verweer).

EISWIJZIGING (ZIE WIJZIGING VAN EIS)

EXECUTIE

SCHORSING EXECUTIE

Ten aanzien van schorsing van de executie in een executiegeschil zijn er diverse uitspraken. De basisuitspraak is nog steeds HR 22 januari 1983, *NJ* 1984, 145 m.nt. WHH (Ritzen/Hoekstra): de te executeren uitspraak berust op een juridische of feitelijke misslag, of zal een noodtoestand doen ontstaan wegens nadien voorgevallen of aan het licht gekomen feiten waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Deze uitspraak had betrekking op schorsing

van een in de bodemprocedure gewezen uitvoerbaar bij voorraad ontruimingsvonnis, hangende het appèl tegen dat vonnis. In zijn noot onder dit arrest wijst Heemskerk erop dat de kortgedingrechter in het executiegeschil zich moet richten naar het oordeel van de bodemrechter: vandaar de beperkte toetsingsgronden. De criteria van dit arrest worden gebruikt voor alle soorten executiegeschillen (die op basis van artikel 438 Rv kunnen worden ingesteld).

Als een rechtsmiddel is ingesteld, biedt de wet bijzondere mogelijkheden ten aanzien van executie. De wederpartij kan bij incident alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad verzoeken (artikel 234 Rv); in appèl kan incidenteel ook de schorsing van een reeds uitvoerbaar vonnis worden verzocht (artikel 351 Rv). Deze laatste bepaling geldt evenwel niet in cassatie, heeft de Hoge Raad geoordeeld (HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 130, HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 529). Wil men in cassatie de schorsing bewerkstelligen, dan is men weer aangewezen op het ‘gewone’ executiegeschil.

Het is niet geheel duidelijk of voor de schorsing door de appèlrechter ex artikel 351 Rv eigen maatstaven gelden. Hof Den Bosch 3 mei 2005, *NJF* 2005, 404 past de algemene maatstaf voor executiegeschillen toe.

De schorsing van de executie kan ook worden verzocht in een gewoon executiegeschil bij de kortgedingrechter, zoals aan de orde in Voorzieningenrechter Rechtbank Assen 23 juni 2005, *NJF* 2005, 291. Het betrof de schorsing van een verbod tot octrooi-inbreuk waar appèl tegen was ingesteld. Omdat het verbod zou leiden tot verlies van veel arbeidsplaatsen, terwijl niet was duidelijk gemaakt waarom aan de octrooi-inbreuk direct een einde moest worden gemaakt (er zouden ook onderhandelingen over een licentie kunnen worden gevoerd) achtte de voorzieningenrechter geen in rechte te respecteren belang aanwezig bij onverwijld executie.

Er wordt wel betoogd dat voor de schorsing hangende appèl geen inschatting mag worden gemaakt van de kans van slagen van het rechtsmiddel (A-G Strikwerda in zijn conclusie vóór HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 130). Dit

is tot op heden niet uitgemaakt; toegegeven zij dat het arrest Ritzen/Hoekstra dit niet noemt als criterium. Dat neemt niet weg dat de kortgedingrechter regelmatig met een schuin oog kijkt naar de kans dat het te executeren vonnis zal worden vernietigd: zodanige inschatting leidde tot schorsing van een arbitraal vonnis bij het Hof Amsterdam 7 april 2005, *NJF* 2005, 274, en tot schorsing van een te herroepen kantonrechtersonnis in Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen 5 augustus 2005, *NJF* 2005, 444.

EXECUTIEGESCHIL

Voor gewone executiegeschillen (niet hangende een rechtsmiddel) zijn er diverse uitspraken te melden. Het betoog dat een vonnis niet mag worden geëxecuteerd nu de procureur als gevolg van een vergissing niet aanwezig was bij de daaraan voorafgaande comparitie en daardoor de vordering onvoldoende was weersproken, faalt: dit komt voor risico van die partij (Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 2 november 2004, *NJF* 2005, 3).

De executie van een in een voorwaardelijke ontbindingprocedure (‘voorzoover vereist’) toegekende vergoeding inzake een arbeidsovereenkomst, hangende de procedure over de geldigheid van het ontslag, is nog steeds geen uitgemaakte zaak. De vraag is of de vergoeding onder opschortende of onder ontbindende voorwaarde is toegekend. In een geval waar de vordering werd geëxecuteerd oordeelde de Kantonrechter Tiel 13 juli 2005, *PrG* 2005, 162 dat zij bevoegd was hierover te oordelen, en concludeerde dat de werknemer het vonnis kon executeren.

DWANGSOM/LIJFSDWANG

Een dwangsom wordt gewoonlijk opgelegd met een zogenaamde respijttermijn voordat dwangsommen worden verbeurd. Die termijn is geen procesrechtelijke termijn en wordt dan ook niet zonder meer verlengd wanneer zij eindigt in het weekend of op een feestdag, aldus BenGH 16 december 2004, *NJ* 2005, 524 (Polygon/Hamers). De rechter heeft dat niet geheel in de hand, nu verbeurde pas begint na betekening van de uitspraak. De rechter behoort te bepalen of de termijn moet worden verlengd indien deze in het

weekend of op een feestdag eindigt. Als hij dat niet doet, vindt geen verlenging plaats.

Een probleem bij appèl inzake dwangsommen is dat de appèlrechter ex nunc oordeelt en dan een ander gebod of verbod kan opleggen, waardoor onduidelijk is of het in eerste instantie opgelegde bevel in stand is gebleven of ten onrechte was opgelegd (een ander verbod betekent meestal dat het eerste verbod is komen te vervallen, vergelijk HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 343 (Telfort/Scaramea)). Dit is van belang indien dwangsommen zijn verbeurd of juist aan het bevel is voldaan (en daardoor schade is ontstaan): als het verbod in eerste aanleg destijds (ex tunc) wel terecht was opgelegd, heeft eiser dan niet onrechtmatig gehandeld door het vonnis ten uitvoer te leggen. De appèlrechter kan ten overvloede in zijn uitspraak hiermee rekening houden, maar is hier niet toe verplicht (HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 381 (Meccano/Remco Toys)). Het verdient nochtans aanbeveling dat de rechter hier wel een overweging aan besteedt; partijen zouden hier zonnodig uitdrukkelijk om kunnen vragen. Waar dat achterwege blijft, zal dit in een executiegeschil moeten worden beoordeeld, zoals in Hof Den Bosch 5 april 2005, *NJF* 2005, 256. In casu oordeelde het Hof dat het bevel in eerste aanleg in stand was gebleven. Verder oordeelde het Hof dat de verjaring van de dwangsommen was gestuit, waarbij van de verjaringstermijn werd afgetrokken de periode dat het vonnis hangende appèl was geschorst, wat een wettelijk beletsel in de zin van artikel 6:11g lid 2 Rv vormt.

In eerdere kronieken is er al op gewezen dat een verbeurde dwangsom weliswaar formeel niet op grond van redelijkheid en billijkheid gematigd mag worden, maar dat rechters dat desondanks regelmatig doen. Wel conform de beperkingen van de wet verwierp het Hof Amsterdam 24 maart 2005, *NJF* 2005, 217 zodanig beroep op matiging.

Een geval waarin aan een gemeente een dwangsom wordt opgelegd – hoger dan gevorderd – is Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch 30 december 2004, *NJF* 2005, 104: de voorzieningenrechter vreesde vanwege de opstelling van de gemeente in

het geding en ter zitting dat de uitspraak haar niet zonder meer zou overtuigen.

Een geschil over invordering van dwangsommen was aan de orde in Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 12 januari 2005, *NJF* 2005, 77, rov. 3.5 en 3.7. De gemeente stelde dat de bevoegdheid tot invordering van dwangsommen weliswaar wel verjaard was, maar de betaling niet onverschuldigd was nu een natuurlijke verbintenis resteerde. Dat betoog wordt enigszins cryptisch verworpen: de betaling is op zichzelf niet onverschuldigd maar de invordering geschiedde wel ten onrechte, zodat de schade, bestaande uit onder meer de betaling van dwangsommen, moet worden vergoed.

Als dwangsommen zijn verbeurd kunnen zij krachtens het dwangsomvonnis worden geëxecuteerd (artikel 611c Rv). Mogelijk wilde eiseres zekerstellen dat de dwangsommen waren verbeurd en maakte zij daarom een vordering aanhangig bij de rechter die de dwangsom had opgelegd. Hof Amsterdam 4 augustus 2005, *NJF* 2005, 439 verwees die vordering naar de rechtbank, nu het een gewoon executiegeschil ex artikel 438 Rv betrof en niet één van de vorderingen van artikel 611d Rv met betrekking waartoe de dwangsomrechter bevoegd is.

EXEQUATUR

De exequaturprocedure op grond van de EEX-Vo wordt beheerst door de Uitvoeringswet EEX-Vo, in afwijking van de gewone exequaturprocedure van artikel 985 e.v. Rv (zie artikel 2 lid 1 Uitvoeringswet). De *verweerder* moet tegen een exequatur beroep instellen bij de rechtbank (artikel 4 lid 1 Uitvoeringswet), en niet ex artikel 989 Rv hoger beroep bij het Hof (vergelijk ten aanzien van het EEX-verdrag HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 362). Het beroep bij Hof Den Bosch 7 november 2005, *PrG* 2005, 216 leidde dan ook tot een onbevoegdverklaring; het Hof verwees de zaak ingevolge artikel 73 Rv naar de rechtbank (ondanks enige twijfels over de toelaatbaarheid van verwijzing).

De *verzoeker* die tegen een afwijzende beslissing beroep wil instellen, staat voor een

probleem: bij welke rechter moet hij zijn? Bijlage III bij de EEX-Vo vermeldt dat het beroep bij het gerechtshof moet worden ingesteld, terwijl artikel 4 lid 1 Uitvoeringswet de rechtbank bevoegd verklaart. Omdat Verordening boven wet gaat, verklaarde Rechtbank Arnhem 18 mei 2005, *NJF* 2005, 334 zich onbevoegd en verwees de zaak naar het Hof. In TK 2001-2002, 28 262, nr. 3, p. 6 was medegedeeld dat de Europese Commissie zou worden verzocht de Bijlage III overeenkomstig de Uitvoeringswet te wijzigen: het lijkt wenselijk dat onverwijld aan dit voornemen gevolg wordt gegeven.

EXHIBITIEPLICHT

Het middel van artikel 843a Rv (dat, kort gezegd, recht geeft op afgifte van bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waar eiser partij bij is) is kennelijk inmiddels ingeburgerd onder advocaten: het komt regelmatig aan de orde. Hoewel het toepassingsbereik van de bepaling bij de laatste wijziging is uitgebreid, is het niet de bedoeling dat dit tot Amerikaanse discovery-procedures gaat leiden of tot een algemeen recht op afgifte van alle stukken waar men mogelijk belang bij heeft. Een geval dat de grenzen van artikel 843a Rv lijkt te overschrijden is Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 25 november 2004, *NJF* 2005, 2. Dit betrof een vordering tegen de Staat toe tot afgifte van strafvorderlijk in beslag genomen bescheiden. Deze stukken hadden (mogelijk) betrekking op een contractuele relatie tussen een bedrijf en haar klant, welke relatie van belang was voor een geschil tussen een creditcardmaatschappij en een bank over een herroeping van een creditcardbetaling van de klant aan het bedrijf. De voorzieningenrechter was van oordeel dat dit bescheiden waren aangaande een rechtsbetrekking waarbij de creditcardmaatschappij partij was.

Voor het vaststellen of is voldaan aan de eisen van artikel 843a Rv zullen voldoende feiten moeten vaststaan. In het geschil tussen Aegon en Dexia omtrent de overname van Legioplease weigerde Rechtbank Amsterdam 3 november 2004, *NJF* 2005, 22 daarom terecht in een vroeg stadium te oordelen over moge-

lijke afgifte van stukken, nu in dat stadium van de procedure nog onvoldoende duidelijk was omtrent de informatieplicht van Dexia zodat ook niet beoordeeld kon worden of er een dringende reden was die zich verzette tegen afgifte, en of en welke documenten moesten worden overgelegd. De vordering betrof documenten zoals interne rapportages waarvan twijfelachtig is of deze onder artikel 843a Rv vallen, nu het slechts ging om informatie waar eiseres belang bij had vanwege een rechtsbetrekking, maar die niet die rechtsbetrekking zelf betroffen.

Omgekeerd kan artikel 843a Rv geen beletsel vormen voor toewijzing van afgifte op andere grond. Rechtbank Almelo 14 februari 2005, *NJF* 2005, 140 verwierp dan ook een beroep van Dexia op de uitzonderingsgrond van artikel 843a lid 4 Rv om een verzoek tot afgifte van het persoonlijk dossier tegen te houden. De vordering was immers gebaseerd op artikel 35 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), wat een zelfstandige grond voor informatieverstreking biedt (zij het dat men kan betwisten of het gehele klantendossier daaronder valt). Ook het beroep op artikel 43 sub e Wbp faalde. De procureur van gedaagde heeft overigens nadien in het *Tijdschrift voor Financieel recht* 2005, p. 370 e.v. betoogd dat de Wbp niet voor een zodanige vordering bestemd is.

Van belang voor het hoger beroep is of de beslissing op een incidentele vordering ex artikel 843a Rv ten aanzien van die vordering een (gedeeltelijke) einduitspraak is: dan moet er onmiddellijk appèl worden ingesteld. Hof Den Haag 25 oktober 2005, *NJF* 2005, 452 besliste in die zin, en verklaarde het appèl ontvankelijk nu in zo'n geval het verbod op tussentijds appèl niet van toepassing is.

Voor de volledigheid zij er op gewezen dat ook het onrechtmatige-daadsrecht in bijzondere gevallen een grondslag kan bieden om informatie te verkrijgen. In HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133 (Lycos/Pessers) liet de Hoge Raad een op die grond gegeven bevel tot afgifte van naam en adresgegevens van een onbekende website-eigenaar in stand. ●