

Kroniek burgerlijk procesrecht 2004

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 jaarlijkse overzicht van de jurisprudentie burgerlijk procesrecht, met nu alvast de inhoudsopgave van de beide delen. In het volgende nummer ook nieuwe wetgeving en literatuur.

INHOUD KRONIEK BURGERLIJK PROCESRECHT 2004

DEEL I

Advocatuur

Algemene beginselen van procesrecht

Art. 6 EVRM

Hoor en wederhoor

Arbitrage en bindend advies

Beslag

Verlof

Eis in de hoofdzaak

Opheffing beslag

Varia

Bewijs

Bewijslastverdeling

Bewijsaanbod

Schriftelijk bewijs

Getuigenbewijs

Deskundigenbericht

Voorlopig getuigenverhoor

Voorlopig deskundigenbericht

Exhibitieplicht

Competentie

Absolute competentie

Relatieve competentie

Internationale rechtsmacht

EEX-Verdrag en EEX-Verordening

Gemeenschapsrecht

Dagvaarding

Betekening

Dagvaarding of verzoekschrift

Gebreken en herstelmogelijkheden

Inhoud dagvaarding

Executie

Executiegeschil

Dwangsom

Gijzeling

Executie door de pandhouder

Varia

DEEL II

Faillissementsprocesrecht

Familieprocesrecht

(zie ook verzoekschriftprocedure)

Gezag van gewijsde

Incidenten

Verval van instantie

Vrijwaring

Voeging en tussenkomst

Verwijzing en voeging van zaken

Varia

Kort geding

Kosten

Vast recht

Proceskosten

Buitengerechtelijke kosten

Misbruik van procesrecht

Partijen

Pleidooi

Rechtsmiddelen

Hoger beroep

Appellabiliteit

Tussentijds hoger beroep

Devolutieve werking

Varia

Cassatie

Tussentijds cassatieberoep

Varia

Verzet

Herroeping

Rechtsmiddelen in

verzoekschriftprocedures

Rectificatie

Uitspraak

Motivering

Bindende eindbeslissing

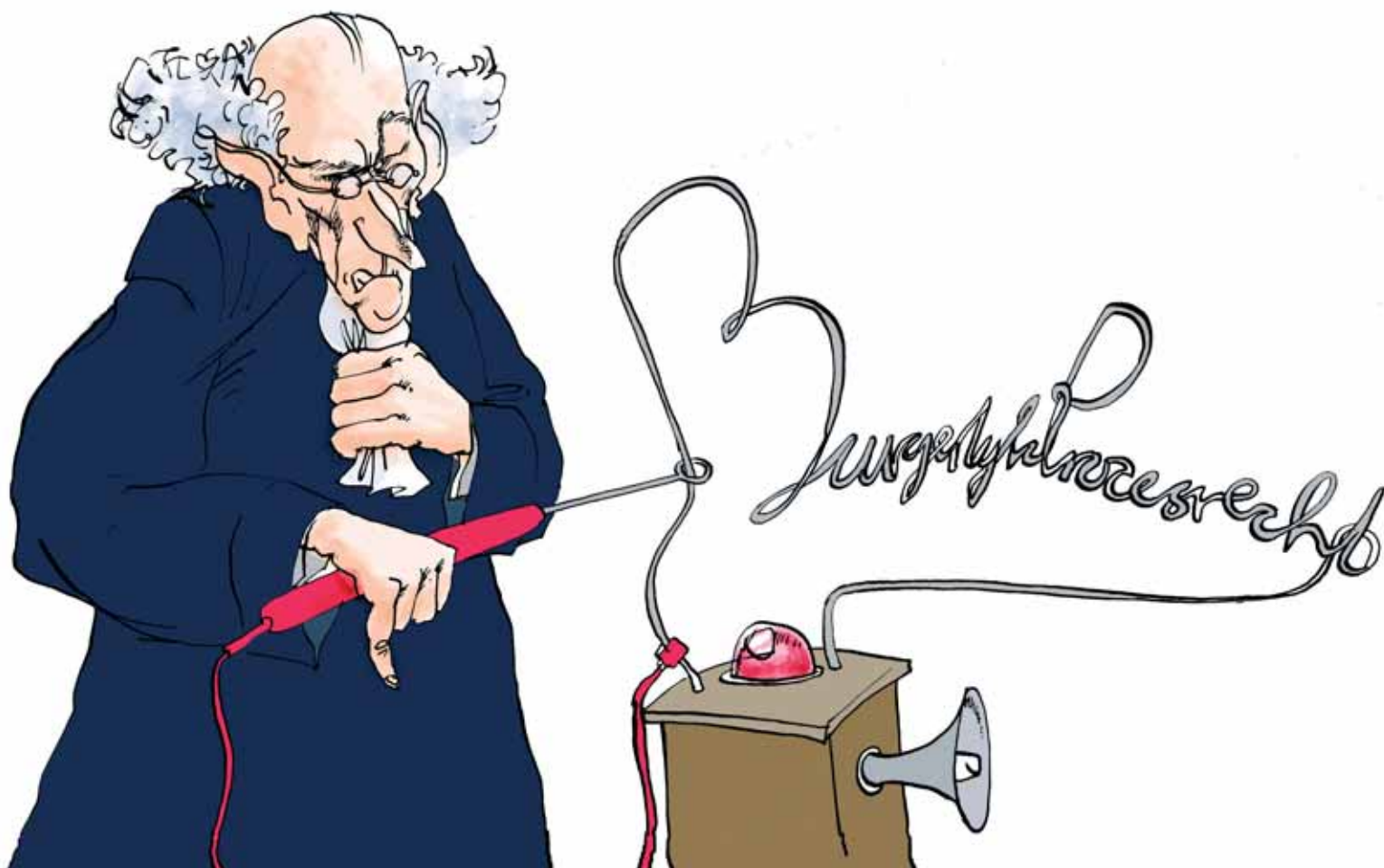
Verzoekschriftprocedure

Wijziging van eis

Wetgeving

Literatuur

¹ De auteurs zijn allen advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn te Den Haag.



ADVOCATUUR

Als je slechts een Amerikaanse bul op zak hebt, moet je niet de Nederlandse meester-titel voeren. De gemachtigde in kantonzaken die dat toch deed – en die dus ironisch genoeg de gepretendeerde titel helemaal niet nodig had – kreeg de kous op de kop van de kantonrechters ten overstaan van wie hij placht op te treden. Zij weigerden op de voet van art. 81 Rv voor een periode van een jaar hem toe te laten zijn bijstand te verlenen of partijen in rechte te vertegenwoordigen. De daartoe strekkende beschikkingen bleven in appèl goeddeels in stand (Hof Den Bosch 8 juli 2003, NJF 2004, 119 en Hof Den Bosch 24 september 2003, Prg 2004, 9154).

Naar aanleiding van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is discussie ontstaan over de mogelijkheid voor advocaten en andere rechtshulpverleners om een uittreksel uit de gemeentelijke basisadministratie persoons-

gegevens op te vragen: ABRS 7 juli 2004, LJN AP8192, LJN AP8238, LJN AP8315 en LJN AP8316. De Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken (NVVB) schrijft na enig oproer in haar nieuwsbrief 2-2005: 'Als een advocaat in zijn verzoek tot inlichtingen uit de GBA als doel vermeldt dat het nodig is voor het voeren van een gerechtelijke procedure, dan kunnen de benodigde gegevens in principe worden verstrekt. Een nadere motivering voor het verzoek is niet noodzakelijk.' Zie ook *Advocatenblad* 2005-3, p. 106 en www.nvnb.nl.

Voor geschillen omtrent de hoogte van een declaratie bestaat een bijzondere rechtsgang. Oud nieuws, maar het blijft actueel, getuige Rb. Arnhem 24 maart 2004, NJF 2004, 523. Deze rechtsgang moet ook gevolgd worden, indien pas na de dagvaarding blijkt dat de hoogte van het gevorderde honorarium wordt betwist (Rb. Haarlem 9 juni 2004, NJF 2004, 488).

De advocaat die een andere advocaat inschakelt heeft volgens de gedragsregels in te staan voor de voldoening van diens declaratie. Uit Hof Den Haag 30 juli 2003, Prg 2004, 6221 volgt dat ook buitenlandse confrères en collega's bij toepasselijkheid van Nederlands recht aan deze regel kunnen worden gehouden, nu de gedragsregels tussen advocaten als gewoonte in de zin van art. 6:248 BW dienen te worden aangemerkt.



De grenzen aan de vrijheid van meningsuiting, die een advocaat bij de beroepsuitoefening geniet, worden mede bepaald door de gedragsregels. De dreiging van een tuchtrechtelijke sanctie wegens uitlatingen ten processe kan echter wel inbreuk maken op de vrijheid van meningsuiting. Een schending van art. 10 EVRM werd aangenomen in het geval van advocaat Steur, die in een civiele procedure stelde dat zijn van steunfraude verdachte cliënt onder onaanvaardbare druk was gezet en die vervolgens aan tuchtspraak werd onderworpen (EHRM 28 oktober 2003, NJ 2004, 555 m.nt. EJD (Steur/Nederland)).

ALGEMENE BEGINSELEN VAN PROCESRECHT

Art. 6 EVRM

Het EHRM boog zich in de zaak Perez/Frankrijk over de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is op de benadeelde partij ('partie civile') in een strafzaak, te vergelijken met de benadeelde partij ex art. 51a Sv. Als het slachtoffer compensatie vordert, al betreft het maar een symbolische vergoeding of de bescherming van een 'civil right' zoals een goede reputatie, dan is art. 6 EVRM van toepassing. Dit spoort met de noodzaak om de rechten van slachtoffers te beschermen en hen een gepaste plaats in het strafproces te verzekeren, aldus het Hof. Het enkele feit dat de waarborgen van een eerlijk proces niet noodzakelijkerwijs even streng zijn in civiele zaken als in strafzaken brengt nog niet met zich dat het Hof het lijden van slachtoffers uit het oog kan verliezen en hun rechten mag minachten: EHRM 12 februari 2004, NJ 2004, 12.

Als procesvertegenwoordiging door een procureur is voorgeschreven, kan een rechter weigeren acht te slaan op stukken die zonder tussenkomst van een procureur worden ingediend, zo volgt uit HR 4 juni 2004, JOL 2004, 300. De eis van verplichte procesvertegenwoordiging is op zichzelf niet in strijd met het in art. 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot de rechter, mits is voorzien in een stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand.

Hoor en wederhoor

Het beginsel van hoor en wederhoor gaat niet zo ver dat de rechter gehouden is om na het wisselen van conclusies en nadat vonnis is gevraagd, na te gaan of partijen nog behoefte hebben aan verdere uitlatingen: Hof Leeuwarden 22 oktober 2003, NJ 2004, 105. De rechter is in beginsel evenmin gehouden om ambtshalve te controleren of de stukken waarop bij pleidooi een beroep wordt gedaan tijdig aan de wederpartij zijn toegezonden: HR 6 februari 2004, JOL 2004, 66 (zie anders HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 m.nt. HJS (Dipasa/Huyton)). Door acht te slaan op het proces-verbaal van een mondelinge behandeling zonder dat dit aan partijen is toegezonden, schendt de rechter het beginsel van hoor en wederhoor niet: HR 30 januari 2004, JOL 2004, 47.

Het recht om inhoudelijk verweer te voeren in een gerechtelijke procedure is onvervreemdbaar en wordt ook behouden, indien partijen zijn overeengekomen een pro forma ontbindingsprocedure te volgen, aldus Vzng. Rb. Utrecht 7 april 2004, NJF 2004, 334.

ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES

Vernietiging van een arbitraal vonnis is mogelijk, indien dit niet met redenen is omkleed (art. 1065 lid 1 aanhef en sub d Rv). In Benetton/Eco Swiss (HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508 m.nt. HJS) gaf de Hoge Raad aan dat aan de rechter niet de bevoegdheid toekomt op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen: vernietiging is slechts mogelijk wanneer de motivering geheel ontbreekt, niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. HR 9 januari 2004, RvdW 2004, 11, JBPr 2004, 31 m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (Nannini/SFT Bank), rov. 3.5.2 vormt hierop een welkome nuance. Met het ontbreken van een motivering moet op één lijn worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.

Een arbitraal scheidsgerecht is gerechtigd over zijn bevoegdheid te oordelen (art. 1052

Rv). Indien over dezelfde vorderingen eerst bij een scheidsgerecht en vervolgens bij de gewone rechter een geding aanhangig wordt gemaakt, zal de civiele rechter in beginsel over de (on)bevoegdheid van de arbiters pas hebben te oordelen, nadat de arbiters eindvonnis hebben gewezen. Dit geldt ook, indien louter ter sauvering van een vervaltermijn een arbitrale procedure aanhangig wordt gemaakt (Rb. Den Haag 19 mei 2004, JBPr 2004, 63 m.nt. G.J. Meijer).

BESLAG

Verlof

De voorzieningenrechter kan verlof tot het leggen van conservatoir derdenbeslag weigeren op de grond dat voor verzoeker reeds een ongunstig vonnis in eerste aanleg in de hoofdzaak is gewezen. De voorzieningenrechter is in dat geval niet gehouden de kans van slagen van een daartegen ingesteld rechtsmiddel te beoordelen: Hof Amsterdam 1 juli 2004, JBPr 2004, 71 m.nt. M.O.J. de Folter.

In het algemeen wordt geen verlof verleend voor het leggen van 'eigenbeslag' indien daarmee wordt beoogd de executie van een vonnis te frustreren. Een derdenbeslag onder de deurwaarder met hetzelfde effect moet worden beschouwd als een verkapt 'eigenbeslag', aldus Vzng. Rb. Amsterdam 31 augustus 2004, NJF 2004, 529, die bovendien oordeelt dat sprake is van misbruik van recht en de vordering tot opheffing van dit beslag toewijst. Vgl. Vzng. Rb. Breda 8 september 2004, NJF 2004, 544, die eigenbeslag niet toelaatbaar acht, omdat de gepretendeerde tegenvordering niet is gestaafd.

Eis in de hoofdzaak

Nadat verlof is verkregen voor het leggen van conservatoir beslag is het zaak tijdig een eis in de hoofdzaak in te stellen, voorzover dat nog niet is gebeurd (art. 700 lid 3 Rv). Het moet dan gaan om een procedure die strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening van de vordering waarvoor het beslag is gelegd (HR 26 februari 1999, NJ 1999, 717, rov. 3.4.2). Ook de vordering tot vergoeding

van schade nader op te maken bij staat is een eis in de hoofdzaak, al wordt pas in de daaropvolgende schadestaatprocedure de omvang van het vorderingsrecht vastgesteld: Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 496, *JBPr* 2004, 57 m.nt. M.A.J.G. Janssen (zie, ten onrechte, anders: Vzng. Rb. Amsterdam 13 januari 2004, *NJF* 2004, 320). Hetzelfde geldt voor de Zwitserse verzoeningsprocedure ('Vermittlungsbegehren'), die weliswaar niet tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling kan leiden, maar dwingend voorgeschreven is voordat het geschil in rechte wordt beoordeeld: Vzng. Rb. Zwolle 24 september 2003, *NJF* 2004, 84.

Als de eis in hoofdzaak niet tijdig wordt ingesteld, vervalt het beslag van rechtswege: Hof Den Bosch 9 september 2003, *NJF* 2004, 165 en Hof Arnhem 8 juni 2004, *NJF* 2004, 463. Wanneer partijen echter overeenkomen zekerheid te stellen en het beslag op te heffen, dan speelt de termijn waarbinnen de eis in hoofdzaak moest worden ingesteld geen rol meer, aldus Vzng. Rb. Zwolle 18 september 2003, *NJF* 2004, 99. In voorkomend geval doet men er bij het stellen van bankgarantie dan ook verstandig aan daarin een voorwaarde op te nemen omtrent de termijn waarbinnen de beslaglegger de hoofdzaak aanhangig moet maken.

Opheffing beslag

Ingevolge art. 705 Rv wordt de opheffing van een beslag onder meer uitgesproken, indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag is gebleken. Het gaat hier om een afweging van belangen 'aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd' (HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481). Het feit dat een (appèl)rechter in de hoofdzaak de vordering van de beslaglegger heeft afgewezen is wel een belangrijk gezichtspunt bij de beantwoording van de vraag of van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht summierlijk is gebleken, maar niet doorslaggevend wanneer nog een rechtsmiddel tegen die beslissing openstaat of reeds aanhangig is: Vzng. Rb. Haarlem 20 februari 2004, *NJF*

2004, 276 en Hof Amsterdam 8 juli 2004, *NJF* 2004, 577. De opvatting dat opheffing achterwege moet blijven bij *twijfel* omtrent de deugdelijkheid van het ingeroepen recht is in haar algemeenheid onjuist: Hof Den Bosch 22 juli 2003, *NJF* 2004, 14.

Varia

Kan een advocaat zich met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht verschonen van de plicht verklaring te doen ex art. 476a Rv, wanneer derdenbeslag onder hem of zijn stichting derdengelden wordt gelegd? Nee, zegt Rechtbank Amsterdam: het maatschappelijk belang dat met het beroepsgeheim is gemoeid, dient te wijken voor het maatschappelijk belang van de verklaringsplicht (Rb. Amsterdam 4 augustus 2004, *NJF* 2004, 450).

Wanneer een conservatoir derdenbeslag executoriaal wordt, moet de executoriale titel tijdig aan de derdebeslagene worden betekend (art. 722 Rv). De verplichting om de beslagen geldsom aan de deurwaarder af te dragen (art. 477 Rv) gaat vier weken na deze betekening in (723 Rv). Is nu een betaling door de derde aan de beslaglegger, voordat de vierwekentermijn verstreken is, van waarde? Ja, oordeelt Hof Den Haag 4 februari 2004, *NJF* 2004, 231.

Op grond van art. 436 Rv geldt een beslagverbod voor goederen die bestemd zijn voor de openbare dienst. Ten aanzien van de Antilliaanse pendant van deze bepaling (art. 312a RvNA) heeft het Gemeenschappelijk Hof uitgemaakt dat onder goederen ook gelden begrepen zijn (25 maart 2003, *NJ* 2004, 109). Voor het Nederlandse recht was dit overigens al vaste rechtspraak (zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 1999, *NJ* 1999, 622).

Indien op de voet van art. 856 lid 3 Rv een nieuwe gerechtelijk bewaarder wordt aangewezen, dan vindt niet eerder opvolging plaats dan nadat deze op formele wijze van zijn aanstelling op de hoogte is gesteld, dan wel de aanwijzing heeft aanvaard. Over het ingangstijdstip mag, gelet op de rechten en plichten van een bewaarder, geen onduide-

lijkheid bestaan (Vzng. Rb. Arnhem 12 augustus 2003, *NJF* 2004, 17).

BEWIJS

Bewijslastverdeling

Wie zich erop beroept een brief per aangetekende post te hebben verzonden, zal bij betwisting van de (tijdige) ontvangst niet alleen moeten bewijzen dat hij de brief aangetekend en naar het juiste adres heeft verzonden, maar ook dat de brief (tijdig) aan de geadresseerde is aangeboden op de daartoe geëigende wijze (HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 897). Op het enkele feit dat een juist geadresseerde brief niet is geretourneerd, mag niet het bewijsvermoeden worden gebaseerd dat de brief de geadresseerde heeft bereikt: HR 4 juni 2004, *NJ* 2004, 11, *JBPr* 2004, 50 m.nt. J. Dammingh (Visser/IDM), rov. 3.5.

Ik denk dat mijn
Verzameling aangetekende
stukken de mooiste van Nederland is!



HR 11 juni 2004, *RvdW* 2004, 86 (Utimaco/D&R), rov. 3.4 (iv) beantwoordt de vraag of de appèlrechter de juistheid van een beslissing omtrent de bewijslastverdeling opnieuw moet bezien, indien de rechter in eerste aanleg een partij in het haar opgedragen bewijs geslaagd heeft geacht, maar de appèlrechter naar aanleiding van een daartoe strekkende grief van de wederpartij tot een andere waardering van het bijgebrachte bewijs is gekomen. Dat moet, zelfs zonder debat van partijen over de verdeling van de bewijslast en zonder grief tegen de beslissing omtrent de bewijslastverdeling.

De omkeringsregel blijft de gemoederen bezighouden, ook na de '29 november 2002'-arresten (*NJ* 2004, 304 en 305). Daarin verduidelijkte de Hoge Raad de vereisten voor toepasselijkheid van deze regel. Vast moet staan dat sprake is geweest van 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 en dat dit gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot. Zie HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 m.nt. DA, *JBPr* 2004, 48 m.nt. C.J.M. Klaassen onder 53 (Provincie Fryslân/Incor Investments c.s.), rov. 3.4, over schade ten gevolge van zettingsverschijnselen door grondwateronttrekking, waarin het Hof dit vereiste had miskend. Het moet – dus – ook gaan om een *specifieke* norm, zo volgt uit HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA, *JBPr* 2004, 24 m.nt. C.J.M. Klaassen, rov. 3.3, waarin de Hoge Raad aangeeft dat bij schending van de in art. 7:453 BW neergelegde algemene zorgplicht van de arts geen plaats is voor toepassing van de omkeringsregel. In de '29 november 2002'-arresten benadrukt de Hoge Raad nog dat degene die zich op schending van een norm als hiervoor bedoeld beroept, ook bij betwisting aannemelijk moet hebben gemaakt dat het (specifieke) gevaar, waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt.

De omkeringsregel mist toepassing indien de oorzaak van de schade niet is of kan worden vastgesteld. Zie HR 19 maart 2004, *NJ* 2004,



307 m.nt. DA, *JBPr* 2004, 24 m.nt. C.J.M. Klaassen, rov. 3.3 (medische aansprakelijkheid; geen post mortem onderzoek verricht) en HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308 m.nt. DA, *JBPr* 2004, 45 m.nt. C.J.M. Klaassen onder 53 (A/Achmea), rov. 3.5.3 (verkeersaansprakelijkheid; oorzaak van als fibromyalgie aangeduide klachten naar huidige medische wetenschap niet vastgesteld).

In de volgende gevallen is de omkeringsregel naar het oordeel van de Hoge Raad terecht toegepast: HR 9 juli 2004, *JBPr* 2004, 53 m.nt. C.J.M. Klaassen (Academisch Ziekenhuis Groningen/X), rov. 3.6 (medische aansprakelijkheid; tekortschietende begeleiding bij bevalling, waardoor kind ernstig gehandicapt ter wereld komt), HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110 (Stad Rotterdam en Lok/Stam en Groene Land), rov. 3.5.1 (verkeersaansprakelijkheid; gebod snelheid aan te passen aan concrete omstan-

digheden strekt tot voorkoming specifieke gevaar dat zich een verkeersongeval voordoet) en HR 17 december 2004, *RvdW* 2005, 4 (Hertel/Van der Lugt), rov. 3.13 (openbaring mesothelioom na blootstelling aan asbest).

Bewijsaanbod

Wie tot bewijslevering wil worden toegelaten, moet aan zijn stelplicht voldoen. Wie dat nalaat, kan niet met vrucht klagen over passeren van een bewijsaanbod (HR 4 juni 2004, *JOL* 2004, 305, rov. 3.4.1). Ook de partij die bij dagvaarding stellingen innam die in flagrante strijd met de waarheid waren, kwam van een koude kermis thuis: in dat geval werd evenmin aan een bewijsopdracht toegekomen (Ktr. Leiden 14 januari 2004, *PrG* 2004, 6199).

Een aanbod tot levering van getuigenbewijs zal in de regel gehonoreerd moeten worden, indien voldoende specifiek bewijs wordt aangeboden van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden (vgl. art. 166 Rv). Hoe relatief de eis van gespecificeerdheid is, maakt de Hoge Raad nog eens duidelijk in HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 94, *JBPr* 2004, 65 m.nt. M.A.J.G. Janssen (OZ Export Planten/Roozen), rov. 3.6: 'Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede proces-



orde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voorzover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan.'

Enmaal toegelaten tot het horen van getuigen, zijn de mogelijkheden niet grenzeloos. Dat ondervond ook de advocaat, die in de aanloop tot de getuigenverhoren zoveel steken liet vallen – zo ontbraken ordelijke opgave van verhinderdata en personalia van te horen getuigen en behoorlijke oproeping van de getuigen – dat de rechtbank het getuigenverhoor maar sloot: Rb. Arnhem 15 oktober 2003, *NJF* 2004, 157.

De eis van specificatie geldt niet bij het aanbieden van tegenbewijs. Deze op het oog eenvoudige regel wordt in de praktijk nogal eens miskend. Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 2004, *NJ* 2004, 197 m.nt. J.W. Zwemmer (H/Ontvanger), rov. 3.17, HR 11 juni 2004, *JOL* 2004, 328, rov. 3.3, HR 9 juli 2004, *JBPr* 2004, 53 m.nt. C.J.M. Klaassen (Academisch Ziekenhuis Groningen/X), rov. 3.6 en HR 17 december 2004, *JOL* 2004, 683 (M/Nationale Nederlanden), rov. 3.5.

Schriftelijk bewijs

Om tijd en kosten die in de regel met het houden van getuigenverhoren gemoeid zijn te besparen, kunnen partijen hun toevlucht nemen tot het overleggen van schriftelijke verklaringen. In een enkel arrondissement is deze praktijk tot op zekere hoogte geformali-



seerd (zie 'RiKken in Rotterdam', *Advocatenblad* 2004-13, p. 634-637), waarbij de besparing overigens met name de gerechten lijkt te gelden. Gelet op het stelsel van vrij bewijs – bewijs kan worden geleverd door alle middelen (art. 152 lid 1 Rv) – valt hiertegen niet principieel iets in te brengen. Dat betekent niet dat een schriftelijke verklaring ten processe zal kunnen doorgaan voor een in het kader van een getuigenverhoor afgelegde verklaring. Het verschil zal zich met name manifesteren bij de bewijswaardering. Dat is ook de bedoeling, getuigen drie arresten van de Hoge Raad van 19 december 2003 (*NJ* 2004, 151, *JOL* 2003, 681 en 682 (Van Mierlo c.s./gemeente Asten), rov. 3.2.2). In dat geval had de raadsman van Van Mierlo c.s. ten behoeve van de procedure een schriftelijke verklaring opgesteld, een derde gevraagd deze te ondertekenen en de verklaring in de procedure overgelegd. Toelaatbaar, vindt de Hoge Raad, maar de rechter zal zich bij de waardering van zo'n verklaring wel moeten afvragen 'in hoeverre aan de betrouwbaarheid van de verklaring afbreuk wordt gedaan door het feit dat hij de persoon die de verklaring heeft afgelegd, niet zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij ook de tegenpartij aanwezig heeft kunnen

zijn, en door het feit dat de verklaring niet onder ede is afgelegd. Voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van de verklaring is voorts niet slechts de inhoud ervan van belang, maar zal ook betekenis kunnen worden gehecht aan andere feiten en omstandigheden, zoals de wijze waarop de verklaring tot stand is gekomen.'

Gelet op de zojuist besproken arresten zal het niet verbazen dat ook getuigenverklaringen die zijn afgelegd in een andere procedure voor het bewijs – in een andere geding – mogen worden gebruikt: HR 19 november 2004, *JOL* 2004, 609, rov. 3.6.2.

Ingevolge art. 161 Rv levert een Nederlands strafvonnis dwingend bewijs op van het strafbare feit, waarvoor wordt veroordeeld. Die dwingende bewijskracht geldt niet voor een *vrijspreek* in een strafzaak (HR 3 december 2004, *RvdW* 2004, 139 (A/London), rov. 3.6) en strekt zich ook niet uit tot de beslissing van de strafrechter op een beroep op noodweer (Rb. Arnhem 5 november 2003, *NJF* 2004, 144).

Getuigenbewijs

Het is aan de functioneel verschoningsgerechtigde of hij zich als getuige op zijn verschoningsrecht beroept. Vznr. Rb. Leeuwarden 10 november 2003, *NJF* 2004, 170 zag om die reden geen grond om een (algeheel) gebod aan een advocaat om zich op zijn verschoningsrecht te beroepen toe te wijzen.

Wordt een beroep op verschoningsrecht afgewezen, dan kan een procespartij daar weinig tegen beginnen. Volgens vaste rechtspraak is uitsluitend de getuige – en niet een procespartij – bevoegd het oordeel van de hogere rechter in te roepen ter beoordeling van de vraag of zijn beroep op het verschoningsrecht terecht is afgewezen (zie al HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 164). Dit lijkt geen uitzondering, indien een procespartij een eigen belang heeft bij inroeping van het ver-

schoningsrecht. De Hoge Raad motiveert dit als volgt: 'Indien het beroep op het verschoningsrecht van een vertrouwenspersoon door de rechter wordt afgewezen en de vertrouwenspersoon daartegen niet in hoger beroep komt, dan is daarmee gegeven dat voorrang toekomt aan het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, waarmee niet is te verenigen dat een procespartij in een dergelijk geval aan de hogere rechter zou mogen voorleggen dat een eigen (proces)belang van die partij niettemin zwaarder zou moeten wegen.' HR 30 januari 2004, RvdW 2004, 22 (Oud Laren/Houweling), rov. 3.4.1.

Deskundigenbericht

Een deskundige die zijn benoeming aanvaard heeft, is verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen (art. 198 lid 1 Rv). In Hof Arnhem 27 april 2004, NJF 2004, 500, JBPr 2004, 56 m.nt. J.W. Westenberg bleek aan die onpartijdigheid het nodige te schorten – de deskundige kende één van partijen goed – hetgeen voor het Hof reden was om aan het deskundigenrapport niet meer bewijskracht toe te kennen dan het rapport van een partijdeskundige.

Anderzijds is er geen reden een deskundige als partijdeskundige aan te merken, indien partijen in gezamenlijkheid hebben besloten deze deskundige in te schakelen en zich vooraf aan de te trekken conclusies hebben gebonden. Zie Rb. Alkmaar 20 oktober 2004, NJ 2004, 647.

Wie in opdracht van een ander aan een medische keuring wordt onderworpen, kan zich beroepen op het inzage- en blokkeringsrecht zoals neergelegd in art. 7:464 lid 2 onder b BW. Een procespartij die in het kader van een door de rechter gelast deskundigenbericht medisch wordt onderzocht komt dit inzage- en blokkeringsrecht ook toe. Deze kan dus verhinderen dat van het deskundigenbericht mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en aan de rechter, maar niet 'ongestraft': partijen zijn immers verplicht mee te werken aan een onderzoek door deskundigen (art. 198 lid 3 Rv). Wanneer zij aan deze verplichting – door aanwending van het blokkeringsrecht – niet voldoen, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Zie HR 26 maart 2004, RvdW 2004, 54, JBPr 2004, 37 m.nt. C. J. M. Klaassen (X/Levob), rov. 4.4.

Het is aan het beleid van de feitenrechter overgelaten of al dan niet een deskundige wordt benoemd en ook de formulering van de aan de deskundige voor te leggen vragen is aan hem overgelaten. Over een 'onjuiste' vraagstelling zal niet (licht) geklaagd kunnen worden. HR 3 september 2004, JOL 2004, 431 (Bon/Lageja).

Partijen dienen in de gelegenheid te worden gesteld hun standpunten met betrekking tot en naar aanleiding van een deskundigenonderzoek en -rapport ter kennis van de deskundige en de rechter te brengen. De rechter is echter niet gehouden om de deskundige ter comparitie te vragen om een nadere toelichting of aanvulling, als hij zich voldoende voorgelicht acht. Zie HR 12 november 2004, JOL 2004, 586.

Voorlopig getuigenverhoor

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor komt niet voor toewij-

zing in aanmerking, indien misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om een dergelijk verhoor te verzoeken. De Staat meende dat hiervan sprake was in het geval van Nuhanovic, een van de nabestaanden van slachtoffers van de val van Srebrenica, die daarover een aantal (prominente) getuigen wilde horen. De Staat betoogde dat een efficiënte procesvoering meebrengt dat eerst in de bodemprocedure wordt beslist over de vraag of bewijsvoering door getuigen noodzakelijk is en op welke stellingen die bewijsvoering betrekking dient te hebben. Ook wees de Staat op de veelheid van onderzoeken die reeds naar de gebeurtenissen rondom de val van Srebrenica hadden plaatsgevonden, in welk kader ook door Nuhanovic voor te brengen getuigen waren gehoord. In eerste aanleg vindt dit betoog gehoor (Rb. Den Haag 27 november 2003, NJF 2004, 159). Hof Den Haag oordeelt echter dat niet vooraf kan worden beantwoord wat efficiënter zal blijken te zijn, nu op beslissingen in een bodemprocedure niet vooruitgelopen kan worden. Verder acht het Hof de bestaande onderzoeken onvoldoende op de specifieke situatie van Nuhanovic toegesneden om hem in staat te stellen aan de hand daarvan zijn proceskansen in te schatten. Het verzoek wordt in appèl dus alsnog toegewezen (Hof Den Haag 28 oktober 2004, NJF 2004, 587).

De vraag rijst of een beslaglegger moet worden toegelaten tot een voorlopig getuigenverhoor met het oog op een door hem te voeren verklaringsprocedure op de voet van art. 477a Rv. Rb. Amsterdam oordeelde van wel, waarbij in aanmerking werd genomen dat de bank tegenstrijdig had verklaard over de omvang van de gelegde derdenbeslagen (Rb. Amsterdam 4 november 2003, NJF 2004, 254).

Een voorlopig getuigenverhoor en een enquêteprocedure voor de ondernemingskamer gaan niet samen, zo blijkt uit Rb. Breda 4 november 2003, NJF 2004, 116, waarin het ging om een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor met het oog op een enquêteprocedure, en uit Hof Amsterdam 9 januari 2004, NJF 2004, 175, NJ 2004, 168 waarin de ondernemingskamer

omdat ik hóg deskundiger
was dan strict noodzakelijk,
werd mijn deskundigheid in twijfel
getrokken?



overweegt dat het stelsel van het recht van enquête op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien de ondernemingskamer zelfstandig getuigen zou gaan horen naast de enquête onder regie van een benoemde onderzoeker.

Voorlopig deskundigenbericht

De rechter moet een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenonderzoek in beginsel toewijzen, indien het verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. In een arrest van 19 december 2003 (NJ 2004, 584, JBPr 2004, 30 m.nt. E.F. Groot, rov. 3.4) formuleert de Hoge Raad drie afwijzingsgronden. Een verzoek kan worden afgewezen, 'indien de rechter op grond van in zijn beslissing te vermelden feiten en omstandigheden van oordeel is dat het verzoek in strijd is met een goede procesorde, dat van de bevoegdheid toepassing van dit middel te verlangen misbruik wordt gemaakt – bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten – of dat het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar'. Zwaarwichtige bezwaren deden zich voor in dit geval, waarin opnieuw een voor de benadeelde belastend medisch onderzoek werd verlangd naar vragen waarover andere deskundigen al hadden gerapporteerd.

Rb. Zwolle oordeelde een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht niet meer terzake dienend op het moment dat in de bodemzaak inmiddels – met afwijzing van het verzoek een deskundige te benoemen – eindvonnis was geweest (Rb. Zwolle 21 november 2003, NJF 2004, 147).

Exhibitieplicht

Een weigering om aan de exhibitieplicht ex art. 843a Rv te voldoen kan worden gegrond op 'gewichtige redenen' en kan ook plaatsvinden, indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbede-

ling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (art. 843a lid 4 Rv). Het maatschappelijk belang dat een partij-expert zonder vrees voor openbaarmaking zijn opdrachtgever van advies dient, rechtvaardigt de weigering tot afgifte van een rapport aan de wederpartij, aldus Rb. Rotterdam 19 mei 2004, NJF 2004, 526.

COMPETENTIE

Absolute competentie

Als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter ontbreekt, dan zal de burgerlijke rechter zich doorgaans bevoegd achten om van een geschil kennis te nemen. Uit HR 3 september 2004, RvdW 2004, 102 (Staat/VAJN en NJCM) blijkt dat deze rechtsgang naar de burgerlijke rechter ook openstaat voor organisaties die – mede vanwege het beperkte belanghebbende-begrip ex art. 1:2 lid 3 Awb – bij de bestuursrechter niet kunnen opkomen tegen algemeen verbindende voorschriften, die individuele belanghebbenden, in casu asielazoekers, wel bij de bestuursrechter kunnen aanvechten.

Wanneer de bestuursrechter heeft geoordeeld dat een voorschrift onverbindend is, maar niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het op dit onverbindende voorschrift gebaseerde besluit, kan schadevergoeding ook langs civielrechtelijke weg gevorderd worden. Zie Rb. Maastricht 17 maart 2004, NJF 2004, 338, waarin de civiele rechter voor recht verklaart dat het besluit onrechtmatig is en verwijst naar de schadestaatprocedure.

In Rb. Arnhem 8 oktober 2003, NJF 2004, 44 had de burgerlijke rechter over zijn bevoegdheid te oordelen, nadat een klachtencommissie een klacht over een urgentieverklaring voor een woningzoekende ongegrond had verklaard en in haar beslissing had vermeld dat beroep open zou staan bij de civiele rechter. Dat is voor bevoegdheid niet voldoende: de civiele rechter kan slechts een beschikking op verzoek geven als daarvoor een wettelijke grondslag bestaat (HR 15 maart 1991, NJ 1991, 397). Die ontbrak, nog

los van het feit dat de klachtencommissie geen rechtspersoon was en dus *ius standi* miste.

Wanneer bij de rechtbank een reconventionele vordering wordt ingesteld, die tot de bevoegdheid van de kantonrechter behoort, dienen alle vorderingen op grond van art. 94 lid 2 en 3 Rv door de kantonrechter behandeld te worden. Ter voorkoming van 'nodeloos formalisme' laat Rb. Rotterdam 1 september 2004, Prg 2004, 6287 verwijzing niettemin achterwege met een beroep op het ontbreken van een debat van partijen over de bevoegdheid en op de door de wetgever beoogde doelmatigheid in procesverloop.

De burgerlijke rechter is niet bevoegd, indien partijen overeenkomen dat geschillen aan arbitrage worden onderworpen (zie ook art. 1020 en 1021 Rv). Ontbreekt zo'n overeenkomst, dan kan een partij de andere partij niet van de rechter afhouden die de wet haar toekent. Zie Rb. Middelburg 12 mei 2004, NJF 2004, 498. Vgl. ook Hof Den Bosch 8 juni 2004, NJ 2004, 692. Is eenmaal een civiele procedure aanhangig, dan moet wel tijdig een beroep worden gedaan op een arbitraal beding. De overheidsrechter zal zich anders niet onbevoegd verklaren (HR 6 februari 2004, JBPr 2004, 23 m.nt. G.S.C.M. van Roeyen en J.P. van Asten (Frans Maas/Petermann), rov. 3.2.1).

Relatieve competentie

In geschillen inzake een onrechtmatige daad is mede bevoegd de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan (art. 120 Rv). Bij de toepassing van deze bepaling kan niet de eis worden gesteld dat er een bijzonder nauw verband bestaat tussen de onrechtmatige daad en de rechtbank waar de vordering aanhangig is gemaakt, aldus Rb. Arnhem 10 maart 2004, NJF 2004, 486. Deze toets wijkt derhalve af van de beoordeling van de plaats van het schadebrengende feit als bedoeld in art. 5 lid 3 EEX.

Relatieve competentie kan niet worden gegrond op art. 438 lid 1 Rv, dat bijzondere competentieregels geeft voor executiege-

schillen, vooruitlopend op een – nog niet gerezen – executiegeschil. Zie Rb. Arnhem 24 december 2003, *NJF* 2004, 293.

Tegen een vonnis waarbij een verweer dat de rechter niet relatief bevoegd is wordt verworpen, staat geen hogere voorziening open (art. 110 lid 3 Rv; zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 april 2004, *PrG* 2004, 6250 en Hof Den Haag 14 oktober 2004, *NJF* 2004, 573).

Internationale rechtsmacht

In Vzng. Rb. Amsterdam 18 september 2003, *NJF* 2004, 31 zag de Nederlandse voorzieningenrechter zich geconfronteerd met een vordering tot het uitspreken van een grensoverschrijdend gebod, waaraan in België uitvoering zou moeten worden gegeven, met betrekking tot vermogensbestanddelen die zich buiten de territoriale bevoegdheidssfeer van de Nederlandse voorzieningenrechter bevonden. Nu bovendien geen van partijen in Nederland gevestigd was, oordeelde de voorzieningenrechter dat geen rechtsmacht aangenomen kon worden.

Het perpetuatio fori-beginsel houdt in dat de internationale bevoegdheid van een rechter, indien deze eenmaal is vastgesteld aan de hand van het recht dat geldt ten tijde van het aanhangig maken van een procedure in eerste aanleg, tijdens die procedure niet meer kan komen te ontbreken. Een andere opvatting zou tot onwerkbaar resultaten leiden en in strijd zijn met de rechtszekerheid: HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 295 m.nt. PV, rov. 3.2. Bij arrest van 12 november 1999 besliste de Hoge Raad (*NJ* 2001, 567) dat vreemde staten niet zijn onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ter zake van schuldvorderingen die zijn ontstaan uit hoofde van de exploitatie van aan hen toebehorende of door hen geëxploiteerde schepen die in het kader van de vervulling van een typische overheidstaak (zoals een militaire actie) worden gebedzigt. In de procedure na verwijzing honoreerde Hof Arnhem uiteindelijk het door de VS gedane beroep op immuniteit van jurisdictie (Hof Arnhem 26 augustus 2003, *NJ* 2004, 11).

EEX-Verdrag en EEX-Verordening

Hoofddregel van het EEG-executieverdrag en de EG-executieverordening is dat een verweerder wordt opgeroepen voor het gerecht van zijn woonplaats (art. 2 EEX en EEX-Vo).

In contractuele geschillen kan op grond van art. 5 lid 1 EEX(-Vo) ook gedagvaard worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is of moet worden uitgevoerd (vgl. Hof Den Haag 30 juli 2003, *PrG* 2004, 6221 over de niet-voldoening van een declaratie door een Belgisch advocaat die een Nederlands advocaat had ingeschakeld). Deze bijzondere bevoegdheidsregel vindt geen toepassing indien de plaats van uitvoering van de verbintenis niet kan worden bepaald omdat de litigieuze verbintenis uit overeenkomst bestaat in een verbintenis om niet te doen, zonder enige geografische beperking, en derhalve wordt gekarakteriseerd door een veelvoud van plaatsen waar zij is of moest worden uitgevoerd: HvJ EG 19 februari 2002, *NJ* 2004, 159 m.nt. PV (Besix/WABAG), rov. 55.

Voor geschillen uit onrechtmatige daad geldt op grond van art. 5 lid 3 EEX(-Vo) in aanvulling op de hoofddregel ex art. 2 EEX(-Vo) dat deze kunnen worden gebracht voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Hieronder dient zowel de plaats van de schadeveroorza-

kende gebeurtenis als de plaats waar de schade is ingetreden te worden verstaan. Omdat het een bijzondere competentieregel is die in afwijking van de hoofddregel bevoegdheid creëert, dient deze restrictief geïnterpreteerd te worden. De 'plaats waar de schade is ingetreden' kan dus niet zo ruim worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar naderhand de schadelijke gevolgen voelbaar of mede voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt (zie bijvoorbeeld in navolging van HvJ EG 19 september 1995, *Marinari*, C-364/93, *Jurispr.* blz. I-2719, punt 14, Vzng. Rb. Middelburg 22 augustus 2003, *NJF* 2004, 123, Rb. Middelburg 10 december 2003, *NJF* 2004, 161 en Hof Den Haag 14 oktober 2004, *NJF* 2004, 573). Hetzelfde geldt voor de 'plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis' (zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 15 oktober 2003, *NJF* 2004, 73 over productaansprakelijkheid). Eén van de doelstellingen van EEX(-Vo) is bovendien de versterking van de rechtsbescherming van in de EG gevestigde personen door de eiser in staat te stellen om gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder om redelijkerwijs te voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen. Mede gelet hierop omvat de 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' niet ook de plaats waar de eiser woont of waar zich het 'centrum van zijn vermogen' bevindt op de enkele grond dat hij daar financiële

een hacker uit Rome heeft
mijn site www.ubiquitous-omnipotency.com
platgelegd!



schade heeft geleden die voortvloeit uit het in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen (HvJ EG 10 juni 2004, Kronhofer, C-168/02, punt 21, www.curia.eu.int).

Art. 6 lid 1 EEX houdt een bijzondere bevoegdheidsregel in in geval van pluraliteit van verweerders: dan kan een gedaagde voor het gerecht van de woonplaats van een van hen worden opgeroepen. Het HvJ EG stelt dan wel eisen aan de samenhang tussen de vorderingen: er dient een zo nauwe band te bestaan dat een goede rechtsbedeling vraagt om een gelijktijdige behandeling en berechting teneinde onverenigbare beslissingen te vermijden (vgl. art. 7 Rv). De nationaalrechtelijke pendant van dit vereiste van samenhang is neergelegd in art. 107 Rv. Een identieke invulling van het vereiste van samenhang in nationale en internationale gevallen ligt evenwel niet in de rede. Zie de instructieve noot van Knigge onder Rb. Rotterdam 11 augustus 2004, *JBPr* 2004, 78.

Consumenten genieten bijzondere bescherming in die zin dat deze bepaalde geschillen voor het gerecht van hun eigen woonplaats kunnen brengen (art. 13-15 EEX en art. 15-17 EEX-Vo). Daarvan kan slechts onder nauwkeurig omschreven voorwaarden worden afgeweken. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 2002, *NJ* 2004, 169 m.nt. PV (Gabriel), rov. 60 en *Vzngr. Rb. Breda* 5 maart 2004, *NJF* 2004, 265, rov. 3.9-3.10.

Aan EEX en EEX-Vo ligt het beginsel van wederzijds vertrouwen van verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties ten grondslag. Dit beginsel impliceert dat binnen de werkingssfeer van het EEX de bevoegdheidsregels van het EEX, die gelijkelijk gelden voor alle gerechten van de verdragsluitende staten, door elk van hen met hetzelfde gezag kunnen worden uitgelegd en toegepast. Dit beginsel staat eraan in de weg dat de bevoegdheid van een gerecht door een gerecht van een andere verdragsluitende staat wordt getoetst (HvJ EG 27 juni 1991, *Overseas Union Insurance*, C 351-89, *Jurispr. blz.* I-3317, rov. 23). De litispanden-

tieregeling houdt hiermee verband: in dat geval houdt de laatst aangezochte rechter de zaak aan totdat de bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter vaststaat (art. 21 EEX; vgl. art. 27 EEX-Vo). Daarbij wordt in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende bevoegdheidsgrondslagen, ook niet indien de laatst aangezochte rechter bevoegd is krachtens een (exclusief) forumkeuzebeding. Een verdragingsmanoeuvre door een van partijen kan aan deze uitlegging van art. 21 EEX niet afdoen, aldus HvJ EG 9 december 2003, *NJB* 2004, nr. 18 (afl. 11) (Erich Gasser/MISAT). Het beginsel van wederzijds vertrouwen verzet zich er bovendien tegen dat een gerecht van een verdragsluitende staat een partij in een bij hem ahangige procedure een verbod oplegt een rechtsvordering in te stellen of voort te zetten bij een gerecht van een andere verdragsluitende staat, zelfs indien deze partij te kwader trouw handelt om de reeds ahangige procedure te belemmeren (HvJ EG 27 april 2004, *Turner*, C-159/02, rov. 31, www.curia.eu.int).

Indien partijen een exclusieve forumkeuze buiten Nederland zijn overeengekomen ten aanzien van 'any dispute', die voldoet aan het bepaalde in art. 34 EEX-Vo, dan is ook de Nederlandse voorzieningenrechter niet bevoegd: *Vzngr. Rb. Zutphen* 11 mei 2004, *NJF* 2004, 474.

Gemeenschapsrecht

Uitgangspunt van het gemeenschapsrecht is dat particulieren zich voor de rechter daadwerkelijk kunnen beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten. De vernietiging van een gemeenschapshandeling van algemene strekking, zoals een verordening, kan echter niet worden bewerkstelligd door een particulier, als deze niet rechtstreeks en individueel wordt geraakt (HvJ EG 4 januari 2004, *NJB* 2004, nr. 29 (afl. 18) (Jégo-Quérel)).

DAGVAARDING

Betekening

Zoals in de vorige kroniek besproken heeft de Hoge Raad bij arrest van 17 januari 2003,

NJ 2003, 113, beslist dat het bij het instellen van een rechtsmiddel tegen een buitenlandse wederpartij niet volstaat om de dagvaarding te betekenen bij de advocaat of procureur in vorige instantie (behoudens voor het sauveren van de termijn). Daarna moet binnen 14 dagen een aanvang zijn gemaakt met het voldoen aan de eisen van de Betekeningsverordening (opgenomen in art. 56 Rv). In diverse uitspraken toont de rechter zich onverbiddelijk bij een verzuim te dier zake (o.a. Hof Arnhem 4 mei 2004, *NJF* 2004, 491). Hof Amsterdam 25 maart 2004, *NJF* 2004, 322, *JBPr* 2004, 55, rov. 2.2 en 2.10 nam aan dat als de wederpartij verschijnt en tot niet-ontvankelijkverklaring concludeert, die conclusie gevolgd moet worden. Het verschijnen van de wederpartij zou dan niet voldoende zijn om het verzuim te dekken, nu de wederpartij mocht aannemen dat de uitspraak a quo in kracht van gewijsde was gegaan. Deze uitspraak is betwistbaar; ten eerste lijkt zij op gespannen voet te staan met de *coulance* van de Hoge Raad bij verzet tegen een verstekvonnis op een achteraf bezien nietige dagvaarding (HR 25 juni 2004, *JOL* 2004, 376), ten tweede achtte de Hoge Raad de door het Hof opgegeven reden ontoereikend ten aanzien van een bij verzoekschrift ingeleid verzet (HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 362 (Otten/Sparkasse Bonn)). Deze uitspraken worden hierna besproken.

Vraag is hoe moet blijken dat aan de eisen is voldaan. *Rb. Breda* 10 december 2003, *NJF* 2004, 158 acht het nodig dat uit het exploit van dagvaarding blijkt dat het voorgeschreven formulier is verzonden, en oordeelt bij gebreke daarvan dat geen geldige betekening heeft plaatsgevonden. Die eis lijkt te strin- gent; in HR 25 juni 2004, *NJ* 2004, 451 (Herdera/Verelle), rov. 2.2 wordt het verstek pas geweigerd nu geen stukken zijn overgelegd waaruit blijkt dat de betekening tijdig en op juiste wijze heeft plaatsgevonden. Overigens blijkt uit de genoemde uitspraak van *Rb. Breda* ook een ander probleem: indien een gedaagde geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf heeft in het andere land, kan niet op voet van de Betekeningsverordening worden gedagvaard maar moet hij volgens art. 54 Rv worden

gedagvaard. Als de buitenlandse deurwaarder dit constateert, moet hij de stukken terugsturen. In casu waren de buitenlandse gedaagden kort tevoren uit hun woning gezet.

Dagvaarding of verzoekschrift

In HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 362 (Otten/Sparkasse Bonn), rov. 3.5.1 was het verzet tegen een exequatur abusievelijk bij verzoekschrift ingeleid. De Hoge Raad was van oordeel dat de wisselbepaling van art. 69 Rv van toepassing was, en dat dit geen afbreuk deed aan het stelsel van het EEX. De executant zal dus moeten beseffen dat het mogelijk is dat er bij het verstrijken van de verzettermijn toch een verzet is ingesteld zonder dagvaarding; als hij zekerheid wil hebben zal hij ook bij de rechtbank (en wellicht het Hof, bij een opeenstapeling van fouten) navraag moeten doen. Opzettelijk gebruik van zo'n 'heimelijk' verzet zou overigens als misbruik van procesrecht kunnen worden aangemerkt, zie aldaar.

Een bedrijfsfoutje was aan de orde bij Ktr. Lelystad 28 april 2004, *NJF* 2004, 324, waar de rechtbank de zaak naar de competente sector kanton had verwezen, maar had verzuimd de zaak daadwerkelijk door te sturen. Dat kon niet aan eiser worden verweten; art. 74 Rv was niet van toepassing.

Gebreken en herstelmogelijkheden

Als de dagvaarding op het verkeerde adres wordt betekend en derhalve nietig is, maar vervolgens verzet wordt ingesteld tegen een daaruit voortvloeiend verstekvonnis, kan dit gebrek in beginsel als hersteld worden beschouwd omdat gedaagde alsdan niet in zijn verdediging wordt benadeeld: hij is immers alsnog verschenen. Een dergelijke redenering wordt toelaatbaar geacht in HR 25 juni 2004, *JOL* 2004, 376 (X/ABN AMRO). Het bezwaar van deze redenering is, dat eiser aldus zonder gevaar zo'n nietigheid kan laten bestaan in zijn dagvaarding (misschien zelfs opzettelijk), waardoor de gedaagde mogelijk in andere belangen dan zijn verdediging kan worden geschaad. Te denken valt aan een inmiddels aangevangen executie. Dit oordeel dient dan ook niet zomaar als een algemene regel te worden opgevat.

Inhoud dagvaarding

Nietigverklaring wegens een obscuur libel vond plaats in Rb. Den Haag 18 februari 2004, *NJF* 2004, 247. Eiser had zijn hoop nog gevestigd op een conclusie van repliek, maar die werd hem ontzegd onder verwijzing naar het stelsel van het nieuwe procesrecht, dat er vanuit gaat dat na antwoord een comparitie kan plaatsvinden.

EISWIJZIGING (ZIE WIJZIGING VAN EIS)

EXECUTIE

Executiegeschil

Leidend voor de vraag of de staking van de executie van een uitspraak kan worden toegewezen, is nog steeds het arrest HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra): executant moet geen in redelijkheid te respecteren belang hebben, wat zich voordoet als het vonnis op een juridische of feitelijke misslag berust, of indien na het vonnis voorgevallen feiten een (nood)toestand doen ontstaan waardoor onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Deze normen worden in de rechtspraak getrouw toegepast.

In Vzng. Rb. Haarlem 22 januari 2004, *NJ* 2004, 218 was in kort geding een gebod opgelegd tot verstrekken van informatie versterkt met een dwangsom. Hangende het appèl was door partijen afgesproken vooralsnog slechts beperkte informatie te verstrekken. Dat eiser vervolgens aanspraak maakte op verbeurde dwangsommen omdat niet de volledige informatie was verstrekt, vormde misbruik van executiebevoegdheid.

Schorsing van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis hangende de appèlprocedure is mogelijk bij de appèlrechter ex art. 351 Rv. Daarvoor gelden volgens het Hof Den Bosch 16 maart 2004, *JBPr* 2004, 59 m.nt. M.O.J. de Folter eveneens de normen van Ritzen/Hoekstra. Opvallend in Vzng. Rb. Amsterdam 13 november 2003, *NJF* 2004, 66 was dat die schorsing hangende appèl was verzocht bij de voorzieningenrechter, niet bij het Hof. Wellicht dat de beslissing van het Hof niet snel werd verwacht, zoals in Vzng. Rb. Zwolle (Lelystad) 29 oktober 2003, *NJF*

2004, 112. In die zaak was er al een verzoek ex art. 351 Rv bij het Hof gedaan, maar werd in afwachting van de uitspraak op dat verzoek ook nog schorsing verzocht bij de voorzieningenrechter, voor de periode totdat het Hof had beslist. In beide gevallen werd de vordering afgewezen omdat niet was voldaan aan de vereisten voor toewijzing.

Een absolute grond voor 'schorsing' van bepaalde executiemiddelen is de 'afkoelingsperiode' in de schuldsanering van art. 309 Fw. Volgens Vzng. Rb. Leeuwarden 10 oktober 2003, *NJF* 2004, 69 valt onder de 'goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden' ook een huurwoning, zodat de ontruiming daarvan wordt opgeschort.

De verzochte schorsing van executie van een (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) verstekvonnis hangende het verzet (vgl. art. 145 Rv) werd afgewezen aangezien de inleidende dagvaarding in de hoofdzaak niet nietig leek, zodat geen sprake was van een misslag: Vzng. Rb. Arnhem 18 november 2003, *NJF* 2004, 138. De rechter oordeelde dat de deurwaarder op basis van feitelijke aanwijzingen (waaronder mededelingen van gerequireerde) mocht betekenen aan het feitelijk woonadres van gerequireerde, ook al was zijn GBA-adres een ander.

Vzng. Ktr. Nijmegen 6 oktober 2004, *JBPr* 2004, 79 m.nt. A.I.M. van Mierlo verwierp een vordering tot staking van de executie van de ontbindingsbeschikking. Als grondslag was aangevoerd, dat de ex-werknemer had verzwegen dat hij al een andere baan had. Daarvoor had echter herroeping gevorderd moeten worden.

Bij een dubbel beslag geldt dat de eerste beslaglegger het executierecht toekomt. Uiteindelijk kon in de procedure Vzng. Rb. Almelo 31 maart 2004, *NJF* 2004, 345 toch de tweede beslaglegger executeren, aangezien de auto op naam stond van de man, en het eerste beslag slechts strekte tot verhaal van een schuld van de vrouw.

Bij de uitleg van een bevel kunnen zich lastige vragen voordoen; in HR 26 november 2004, *JOL* 2004, 625 (Borderless) werd gestreden over de vraag of aan een bevel tot afgifte van broncode was voldaan door deze slechts in afgedrukte (papieren) vorm ter beschikking te stellen. In casu werd aangenomen dat dit niet het geval was.

Dwangsom

Het opleggen van een dwangsom is niet in alle gevallen mogelijk, zoals ten aanzien van een veroordeling tot betaling van een geldsom. In BenGH 24 mei 2004, *NJ* 2004, 566 (Commerzbank/Sabena) is dit gepreciseerd: deze uitzondering is alleen geschreven voor gevallen waarin de voldoening aan de hoofdveroordeling kan worden verkregen door reële (rechtstreekse) executie.

Hof Arnhem 17 februari 2004, *NJF* 2004, 305, *JBPr* 2004, 41 m.nt. A.I.M. van Mierlo was van oordeel dat een bevel tot medewerking aan het passeren van de akte van levering van een landgoed tegen een prijs van € 1.730.000 neerkwam op een veroordeling tot betaling van een geldsom, zodat de dwangsom niet had mogen worden toegewezen. Deze interpretatie was blijkbaar ingegeven door het feit dat ook lijfswang was gevorderd voor het geval de koopsom niet zou worden betaald, waaruit het Hof afleidde dat de betaling een overheersend deel van de vordering uitmaakte. Het Hof vernietigt ambtshalve, nu deze beperking volgens het Hof van openbare orde is.

Bestendig twistpunt is de matiging van dwangsommen. Hof Den Bosch 3 februari 2004, *NJF* 2004, 306 sprak in een goed gedocumenteerd arrest zijn oordeel uit dat de wet hier geen mogelijkheid toe laat. Andere rechters achten dit op grond van de derogende werking van redelijkheid en billijkheid mogelijk, en vermelden dit soms al bij de oplegging van de dwangsom (Vzng. Rb. Utrecht 14 oktober 2003, *NJF* 2004, 52, Vzng. Rb. Den Haag 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597 (rubriek 'misbruik van procesrecht')). Het rechtvaardigheidsgevoel kruipt, waar de wet kennelijk niet gaan wil.



Een dwangsom is een prikkel tot nakoming; het is geen schadevergoeding. Aangezien de verbeurte van het maximum aan dwangsommen kennelijk niet het beoogde effect had, achtte Hof Den Haag 24 augustus 2004, *NJF* 2004, 532 het passend de dwangsom te verhogen om alsnog de nakoming af te dwingen.

Gijzeling

Op de regel dat het dwangmiddel van gijzeling niet mogelijk is tegen een failliet, maakt art. 33 lid 4 Fw een uitzondering voor de nakoming van alimentatieverplichtingen. Dit staat echter op gespannen voet met het feit dat die nakoming moeilijk lijkt te realiseren als alle inkomsten aan de boedel moeten worden afgestaan. Hof Den Bosch 9 december 2003, *NJ* 2004, 346 oordeelde mét de Losbl. Fw, art. 33, aant. 12 dat daarom ook voor alimentatietermijnen de gijzeling niet kan worden toegewezen hangende het faillissement (anders: Polak-Wessels, dl. II, nr. 2462).

Executie door de pandhouder

De bevoegdheid tot executie kan worden misbruikt. Het Hof Arnhem 3 februari 2004, *JBPr* 2004, 40 m.nt. E. Loesberg oordeelde dat dit in casu het geval was, nu de executant een ongunstiger bod van zijn eigen zoon wilde honoreren, waartegen de notaris zich terecht verzette.

Varia

De pandhouder kan ex art. 496 Rv verzoeken om verlop tot inbeslagneming ter executie. Dit was aan de orde bij Hof Den Bosch 11 november 2003, *NJF* 2004, 219, waarbij enkele lastige noten werden gekraakt over de vraag of dit beslag ook mogelijk is bij stille verpanding als het pand zich inmiddels onder een derde bevindt. Het Hof achtte dit uiteindelijk mogelijk, nu voornamelijk uit de stellingen van de pandhouder bleek dat de derde bezitter te goeder trouw was en de derde zondig een executiegeschil aanhangig zou kunnen maken.