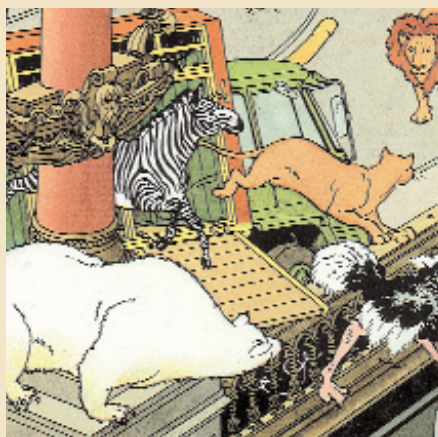


Omslag: Theo van den Boogaard, *Götterdämmerung* (fragment)

106 In dit nummer het eerste deel van de jaarlijkse **Kroniek burgerlijk procesrecht** met een overzicht van de jurisprudentie uit 2002.

117 Onder het regime van de nieuwe **EG-betekenningsverordening** is het niet voldoende om een **dagvaarding** uit te brengen aan het kantoor van de procureur in de vorige instantie. Dit besliste de Hoge Raad drie weken geleden. Wat zijn de praktische gevolgen van deze uitspraak?

123 Eind vorig jaar zette de Hoge Raad uiteen wanneer bij onrechtmatige daad en wanprestatie de bewijslast voor het bewijs van causaal verband wordt omgekeerd. Deze uitleg van de **omkeringsregel** kan ertoe leiden dat minder vaak de tactiek wordt gevolgd van 'niet geschoten is altijd mis'.



In het nummer van 21 februari

- ▶ Wraking in strafzaken, door Mark Stoet

En verder...

- ▶ Veranderde regeling van het concurrentiebeding
- ▶ Wat doet het landelijk parket eigenlijk?
- ▶ Gij zult de rechter niet minachten...

ARTIKELLEN

- 106** Kroniek burgerlijk procesrecht 2002, deel I
*W. Heemskerk, T.F.E. Tjong
Tin Tai en W.I. Wisman*
- 117** De omkeringsregel nader uiteengezet
Simon Veling en Dennis Horeman
- 123** Betekening van dagvaardingen bij procureur in vorige instantie
Jan de Bie Leuveling Tjeenk

VASTE RUBRIEKEN

98 ACTUALITEITEN

- ▶ Geen maatregel tegen advocaat in Meisje van Nulde-zaak
- ▶ **Column:** Geef ons Amerikaanse toestanden, *René Klomp*
- ▶ **Buitenland:** Supreme Court heroverweegt verbod sodomie
- ▶ SEC ontziet advocaten buiten VS
- ▶ Notaris is bestuursorgaan
- ▶ Kritiek op mogelijke strafbevoegdheid OM
- ▶ Orde mededelingen

128 HET ETHISCH PEIL VAN...

Els Swaab
Daniela Hooghiemstra

131 IKS GING WEER EENS PLEITEN

Leo van Osch

132 BRIEVEN & REACTIES

- ▶ Permanente Opleiding: Met of zonder Glühwein
- ▶ Onjuiste disciplinaire beslissing over derdenbeslag

137 DISCIPLINAIRE BESLISSINGEN

VAN DE ORDE

- 97** Van de deken: E.T.
- 134** Permanente opleiding
- 135** Personalialia

ONAFHANKELIJKE GESPECIALISEERDE BOARDROOM CONSULTANCY EN FORENSIC ONDERSTEUNING

Ondersteuning advocatuur bij geschillen ter zake van:
fusies en overnames; jaarrekeningen, accountantscontrole en
accountantsverklaringen; belangenverstrengelingen;
waarderingsvraagstukken en schadebepaling

Optreden als deskundige in procedures

Second opinions, arbitrage en bijzondere onderzoeken

Advisering beheersingsvraagstukken en administratieve
automatisering,
bedrijfseconomische en accountancy vraagstukken

Drs. R.H. Veenstra RA
" DE ACCOUNTANT BEOORDEELD"
Kluwer bedrijfswetenschappen, ISBN 90-267-1932-9

VEENSTRA
ACCOUNTANCY-CONSULTANTS

Galerij 3, 1411 LH NAARDEN
tel.: 035-6943060 fax: 035-6951632

www.veenstraaccountancy.nl



E.T.

Jeroen Brouwer

Een groep *aliens* bezoekt onze aarde. Eentje verdwaalt en wordt gevonden door het jongetje Elliot. Al spoedig communiceren ze met elkaar en er ontstaat vriendschap. E.T. wil terug ('E.T. phone home'). Elliot helpt, maar verliest daardoor zijn vriendje.

Spielberg's kaskraker *E.T.*, de 'buitenaardse', is al weer twintig jaar oud. Nu op DVD uitgebracht door een bij de Amerikaanse beurs genoteerd bedrijf. Sommige van deze bedrijven namen het niet zo nauw met de verslaggeving. De boekhoudschandalen brachten het Amerikaanse congres ertoe eind juli 2002 de Sarbanes-Oxleywet aan te nemen. Artikel 307 van deze wet handelt over de professionele verantwoordelijkheid van advocaten en bepaalt dat de SEC, enigszins te vergelijken met de Autoriteit Financiële Markten, binnen een half jaar gedragsregels opstelt voor advocaten die bij haar optreden. De SEC heeft daar gretig gebruik van gemaakt. Op grond van de wet zouden advocaten in een bedrijf tot bij de hoogste baas moeten melden als in strijd wordt gehandeld met de Amerikaanse *securities laws* en andere Amerikaanse wetten (*reporting up the ladder*). Het voorstel van de SEC verplichtte de advocaten daar bovenop nog om de band met de cliënt luidruchtig te verbreken en de SEC in te lichten als tot en met de hoogste baas zou worden geweigerd een aangetroffen misstand recht te zetten, de zogeheten *noisy withdrawal*.

Een geweldige inbreuk op de relatie tussen cliënt en advocaat waarvan de geheimhoudingsplicht onderdeel uitmaakt. Massief verzet van advocaten en beroepsorganisaties volgde dan ook. Ook de Europese Commissie schaarde zich aan onze zijde. Handhaving van de professionele privileges werden gekwalificeerd als van *paramount importance*. Zij vormen de basis van de vertrouwelijke cliënt-advocaatrelatie en dienen het publieke belang. Ratelend terugtrekken en melden, ondermijnen dat publieke belang.

Voor veruit de meesten van u zal deze materie bijna *extra-terrestrial* aandoen. Begrijpelijk. Slechts een kleine groep van advocaten krijgt hiermee te maken.

Voorlopig lijkt het verzet succesvol. Dat is goed nieuws. Op 23 januari jl. heeft de SEC regels aangenomen en daarmee paragraaf 307 van de

Sarbanes-Oxleywet op tijd geïmplementeerd.* Advocaten moeten nog steeds tot en met de hoogste baas aan jasjes trekken als het bedrijf niet deugdelijk rapporteert aan de SEC. Echter, buitenlandse advocaten die niet zijn toegelaten in de Verenigde Staten en hun cliënten niet adviseren over Amerikaans recht, lijken toch niet te worden getroffen. Buitenlandse advocaten die wél over Amerikaans recht adviseren 'would be covered to the extent they are appearing and practising before the Commission, unless they provide such advice in consultation with US counsel'.

De commentaarperiode op de gewraakte 'ratelend terugtrekken'-bepaling is met zestig dagen verlengd, met een alternatief aan de horizon: de bedrijven krijgen de plicht om het vertrek van de advocaten bij de SEC zelf te melden.

Ondanks het 'buitenaardse' voor een gemiddelde advocaat hier te lande, vraag ik aandacht voor een heel andere betekenis van E.T.: de extra-territoriale werking van professionele regels, afgekondigd door een toezichthouder (SEC) in een specifieke economische sector. De SEC kan niet worden beschouwd als een lichaam waaraan een publieke rol in de rechtsbedeling is toevertrouwd en ten slotte, het reguleren van advocaten dient te geschieden in de jurisdictie waarin zij zich hebben gekwalificeerd. 'Even for lawyers admitted in multiple jurisdiction: () no lawyer can become subject to the rules of another jurisdiction without his or her advance knowledge and consent.' Daarom is ervoor gepleit om alle Europese advocaten uit te sluiten van deze regelgeving. Zo'n algehele vrijstelling zit er niet in. Dat is slecht nieuws.

De *alien* E.T. zou zijn gevormd naar de beeltenis van Carl Sandburg, de dichter die schreef:

*The nose fits better on the front of the face
than the back of the head.*

Omdraaien of een '*nosy*' *withdrawal* helpt niet tegen extra-territoriaal werkende regels. Wij moeten – zonodig op een ladder – blijven ratelen.

* Zie Peter Vermij, 'SEC ontziet advocaten buiten V.S.' verderop in dit nummer en *Advocatenblad* 2002-17: 'Bedrijfsschandalen zetten verschoningsrecht opnieuw op scherp'.

COLOFON

83e jaargang – 7 februari 2003 – nr. 3
Verschijnt elke twee weken.

Het *Advocatenblad* is het officiële orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten en wordt uitgegeven door Reed Business Information bv. De inhoud wordt samengesteld door de van de Orde onafhankelijke redactie, behalve de rubrieken Van de Orde en Disciplinaire beslissingen.

Redactie
mr. drs. G.C. van Daal
mr. W.K. van Duren
mr. W. Heemskerck
dr. L. Hesselink
mr. A.A.M. van der Meer
mr. O.H. Minjon
mr. P.F.F. Nabben
mr. G.J. van Oosten
mr. L.N.J.B. van Osch
mr. M. Perfors
dr. mr. L.W.M. Wopereis

Eindredactie
Linus Hesselink

Redactionele bijdragen
t.a.v. L. Hesselink
Reed Business Information bv
Postbus 16500, 2500 BM Den Haag
tel. 070-4415226
fax 070-4415919
e-mail: linus.hesselink@reedbusiness.nl
Bezoekadres: Benoordenhoutseweg 46, Den Haag
Zie www.elsevierjuridisch.nl

Uitgever
drs. J.W. van der Weele

Juridische Vacaturebank
www.jbb.nl

Beeld
Vormgeving: VILLA Y, Andre Klijns
Tekeningen: Floris Tilanus
De Pinguïn: W.C. van Manen, Stichting
Advocaten voor Advocaten

Lay-out
Unit-1, Dimitry de Bruin

Correctie
Sandra Braakmann

Druk
Drukkerij Groen bv, Leiden

Advertenties
Brouwer's Direct Marketing bv
Postbus 90, 2380 AB Zoeterwoude
tel. 071-5897621, fax 071-5890580
e-mail: bdmbw@euronet.nl
Advertentietarieven op aanvraag
Personeelsadvertenties: € 1,89 per mm bij een
kolombreedte van 40 mm
Inzendtermijn afl. 4: 7 februari 2003
afl. 5: 21 februari 2004

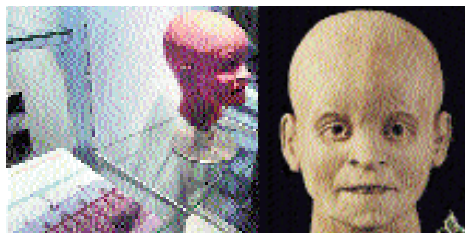
Abonnementen

Alle advocaten, leden van de Nederlandse Orde van Advocaten, ontvangen het blad gratis. Voor adreswijzigingen kunnen zij terecht bij de Nederlandse Orde van Advocaten, Postbus 30851, 2500 GW Den Haag (Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag), tel. 070-3353535, fax 070-3353531. Niet-leden betalen € 133 per jaarabonnement (incl. BTW en verzendkosten) en voor de jaarband € 15. Studenten 50% korting. Abonnementen kunnen schriftelijk worden opgezegd tot uiterlijk twee maanden voor beëindiging van het lopende abonnement. Reed Business Information Klantenservice verzorgt de abonnementenadministratie voor niet-leden: Reed Business Information bv, afdeling Klantenadministratie, postbus 808, 7000 AV Doetinchem. Tel. 0314-358358, fax 0314-349048, e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl Losse nummers: € 8

Geen maatregel tegen advocaat in Meisje van Nulde-zaak

Een disciplinaire maatregel zal er in ieder geval niet uit volgen. Deken M. Schyns van de Utrechtse Orde van Advocaten is overtuigd van de goede bedoelingen van advocaat J. Leijendekker, die het strafdossier van de vrouwelijke verdachte in de Meisje van Nulde-zaak ter inzage gaf aan journalisten van NRC Handelsblad. De deken verlangt echter wel een richtinggevende uitspraak van de Raad van Discipline.

Maandag 27 januari werd de zaak in Amsterdam bepleit. Het woord was eerst aan de Utrechtse deken. Die stelde dat advocaten in beginsel straf-dossiers openbaar mogen maken, gelet op de grote mate van vrijheid van de advocaat in zijn verdedi-



ging. 'De tegenwoordige media-aandacht brengt met zich mee dat de advocaat ook daarin vrijelijk moet kunnen opereren, al was het maar omdat ook het openbaar ministerie in gevallen volgens eigen richtlijnen de media informeert voorafgaand aan en tijdens de strafzaak, en dan ook met details uit het onderzoek naar buiten treedt.'

De vrijheid van de advocaat om strafdossiers open-

baar te maken is volgens Schyns echter niet onge-clausuleerd. Hij formuleerde vier voorwaarden: er moet een verdedigingsbelang zijn, er moet sprake zijn van uitdrukkelijke en weloverwogen instemming van de cliënt, er mag geen schending van privacy van derden plaatsvinden en de openbaarmaking moet 'kenbaar' (dat wil zeggen: de advocaat opereert met open vizier) plaatsvinden.

Volgens de Utrechtse deken is Leijendekker met betrekking tot de tweede en derde voorwaarde tekortgeschoten. Hij had weliswaar schriftelijke toestemming van zijn cliënt, maar in dit bijzondere geval had consultatie van nog een andere adviseur in de rede gelegen. De 'bijzondere en kwetsbare positie' van de verdachte had daartoe aanleiding moeten geven, aldus Schyns.

DE OPINIEPEILING

In Advocatenblad-1 hebben we u gevraagd om deel te nemen aan een opiniepeiling omtrent het verstrekken van informatie uit strafdossiers. Hier de resultaten.

Aan de lezers werd gevraagd om al dan niet hun instemming te betuigen met een tweetal uitgangspunten over informatieverstrekking uit strafdossiers (zie hiernaast). Ze konden hun standpunt nader motiveren.

Het moet gezegd: het aantal reacties viel tegen. In totaal hebben 39 advocaten op de uitgangspunten (die ook twee keer via de elektronische nieuwsbrief 'Orde van de dag' zijn voorgelegd) gereageerd.

Een ruime meerderheid van 33 advocaten geeft aan het geheel of ten dele eens te zijn met de uitgangspunten, 6 advocaten zijn het (deels) oneens. Belangrijke steen des aanstoots, zowel onder voorals tegenstemmers: het anonimiseren van persoonsgegevens in het tweede deel. Volgens vijf inzenders moeten de persoonsgegevens van derden altijd worden gewit. 'Die laatste zinsnede onderschrijf ik niet: persoonsgegevens van derden dienen immer te worden geanonimiseerd,' aldus een van hen. Een ander: 'Anonimisering zal derhalve in bijna alle gevallen aangewezen zijn.'

Een andere respondent vindt juist andersom dat het privacybelang wordt overdreven. 'De pers mag immers ook aanwezig zijn tijdens de openbare terechtzitting waarbij het dossier wordt besproken. Ik denk dat we erg moeten uitkijken voor het in het duister brengen van strafdossiers. Openbaarheid van de rechtspraak en transparantie zijn minstens zo belangrijk als privacy van derden.' Weer een ander waarschuwt voor mogelijke aansprakelijkheid: 'Wel acht ik het mogelijk dat openbaring kan leiden tot aansprakelijkheid jegens derden van zowel de cliënt als zijn raadsman, voor zover (...) niet de in het maatschappelijk verkeer benodigde zorgvuldigheid is betracht.'

Een aantal inzenders protesteert tegen de passage in het eerste deel dat de advocaat onder omstandigheden rekening moet houden met opsporingsbelangen. 'Als een advocaat zich moet richten naar het opsporingsbelang, dan is hij verlengstuk van het openbaar ministerie, en dat is uiteraard onacceptabel,' als een van hen. 'De Orde moet zich hard (blijven) maken voor de rechten van de verdediging en zich niet laten beïnvloeden door de wensen van hen die andere belangen behartigen,' schrijft een ander.

Een respondent wijst ten slotte op een praktisch probleem: de handhaafbaarheid. 'De aangegeven regels zijn in het kader van de disciplinaire rechtspraak nauwelijks te handhaven.' Een ander ziet dat minder duister in: 'Kortom, een voorzichtig 'eens', onder de voorwaarde dat de advocaat aan de deken uit kan leggen (dus niet in het openbaar) welk belang er met openbaarmaking naar zijn/haar inschatting gemoeid kan zijn.'

DE BIJ DE PEILING GENOEMDE UITGANGSPUNTEN

1. Uitgangspunt voor alle deelnemers aan het strafproces is dat het proces niet in de media maar ter terechtzitting wordt gevoerd. Indien en voor zover het belang van de cliënt dit vergt en dus een aanwijsbaar en te respecteren belang in het geding is, zulks ter beoordeling van de advocaat, en de cliënt daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven, kan informatieverstrekking – al dan niet door inzage in delen van het strafdossier – door een advocaat aan de pers over een strafzaak gerechtvaardigd zijn. Die informatie wordt dan met open vizier, dat wil zeggen met naam en toenaam van de advocaat, verschaft. Bij informatieverstrekking aan de pers houdt de advocaat voor zover het belang van de cliënt dit toelaat rekening met gerechtvaardigde belangen van derden, waartoe ook algemeen maatschappelijke belangen, zoals opsporingsbelangen, behoren.
2. Indien de advocaat overweegt (delen uit) het strafdossier aan de pers te openbaren geldt het volgende. Strafdossiers behoren in beginsel niet aan de pers te worden verstrekt. Zij zijn daarvoor niet bestemd. Op deze hoofdregel is in zeer bijzondere omstandigheden een uitzondering denkbaar, indien en voor zover er sprake is van een gerechtvaardigd verdedigingsbelang. In dat geval worden persoonsgegevens van derden geanonimiseerd, tenzij het verdedigingsbelang zich daartegen verzet. (LW)

Ten aanzien van de derde voorwaarde geldt dat de ‘gerechtvaardigde privacy-belangen van derden ruimschoots zijn geschonden,’ aldus de deken. Hij noemde de nog levende minderjarige dochter (het zusje van het overleden meisje), de vader, de ouders van cliënte, de medeverdachte en de nagedachtenis van het overleden meisje zelf. ‘Hooft het niet uit piëteit jegens haar zo te zijn dat iedereen een stapje terug zet als het gaat om publieke discussie, publiek becommentariëren en dergelijke? In elk geval had naar mijn mening dit belang zwaar moeten wegen en ook daarom had mr. Leijendekker wel degelijk een aantal onderdelen uit het artikel moeten ‘censureren.’

Discussie

Leijendekker stelde dat de Raad van Discipline niet het juiste forum is voor het dekenbezwaar. ‘Ik vind het te ver gaan om de Raad van Discipline aan de hand van een dekenbezwaar iets algemeen te laten zeggen over informatieverstrekking aan de pers. We hebben veel meer discussie nodig over dit onderwerp. Ik vraag u dan ook niet te antwoorden op de vraagstelling van de deken.’

De advocaat uit Wijk bij Duurstede ging daarna in op de omstandigheden voorafgaand aan de publicatie in NRC Handelsblad. Volgens hem was er sprake van een overweldigende en negatieve media-aandacht voor zijn cliënte. ‘Er werd in de kranten van alles over haar geschreven. De vader hield een dagboek bij op internet, met naam en toenaam. Het Openbaar Ministerie belde SBS6 met de mededeling dat er gedregd zou worden op een bepaalde plaats. In die context van oplopende verkwanseling van de privacy van mijn cliënte ben ik in gesprek geraakt met NRC.’

Het in de pers opgeroepen beeld van zijn cliënte moest worden gecorrigeerd, stelde Leijendekker. ‘Ik wilde niet naar de zitting met een beeldvorming die niet klopte. Ik vond het ook in het belang van mijn cliënte om haar zaak af te scheiden van die van haar medeverdachte. Dat is gelukt. De publicatie heeft ook een duidelijk aanwijsbaar effect gehad: het aantal onjuiste berichten over haar in de pers werd na de publicatie beduidend minder.’

Over het niet-opleggen van een maatregel, zei Leijendekker: ‘Dat lijkt aardig, maar het is ook denigrerend. Het wekt de indruk dat ik er niet zo goed heb nagedacht over de publicatie. Dat is ten ene male onjuist. Ik heb wel overwogen stappen gezet, ik ben níet over één nacht ijs gegaan, ik heb de afspraken met cliënte en NRC schriftelijk vastgelegd en ik heb mijn voormalige patroon geconsulteerd.’

Tot slot klaagde Leijendekker over het ontbreken van een klacht wegens schending van privacy. ‘Diegenen die erover gaan, hebben niet geklaagd. Daarmee ontbreekt voor uw Raad een referentiekader.’ Daarop toverde de Utrechtse deken echter nog een konijn uit een hoge hoed: er was wel degelijk een klacht ingediend door de vader van het Meisje van Nulde. Die trok die klacht in toen Schyns te kennen had gegeven dat hij een dekenbezwaar zou indienen tegen Leijendekker.

De Raad van Discipline was zichtbaar verrast. De voorzitter informeerde daarop naar de mogelijkheid om de vader of diens advocaat alsnog te horen. Uitspraak 24 maart. (LW)

Geef ons Amerikaanse toestanden

Als er één aspect is van het Nederlandse recht waar buitenlanders en meer in het bijzonder Amerikanen zich mateloos over kunnen verbazen, dan is dat de actieve rol van de Nederlandse rechter. Niet alleen heeft hij de leiding in een getuigenverhoor, hij is ook degene die bepaalt of partijen ter comparitie worden opgeroepen en – onder het nieuwe procesrecht – of zij daarna nog de gelegenheid krijgen te re- en dupliceren of te pleiten. Het pleiten, de historische kern van ons nobele ambt, is daarmee teruggebracht tot een gunst die de rechter je verleent. (Zie de special ‘Pleiten’, *Advocatenblad* 2002-23.)

De rechter zit de comparitie voor, deelt de beurten uit en onderwerpt desgewenst advocaten aan een verhoor met betrekking tot de feiten. Als advocaat ben je overgeleverd aan de nukken van deze rechter. Als je pech hebt, kom je aan je pleitnota niet toe. Als je mazzel hebt, neemt de rechter de advocaat van de wederpartij onder vuur en hoeft je slechts af en toe iets te bevestigen. Kortgeleden had ik mazzel bij een kort geding. Een snuivende voorzieningenrechter keek de wederpartij over zijn leesbril aan en vroeg hem met meer dan gemiddeld volume of hij beseftte dat wat zijn advocaat zojuist had opgemerkt bepaald niet in zijn belang was. De wederpartij zat er beduusd bij; ik zei niets.

Het summum van rechterlijk activisme is het getuigenverhoor. Dan schudt een beetje rechter de laatste veren van zijn kleed der lijdelijkheid. Hij heerst als ware *dominus litis*, stelt zo veel vragen als hij wil, dicteert op geheel eigen wijze – en soms in eigen bewoordingen – wat de getuige verklaard heeft en laat zich niet of nauwelijks in de rede vallen door een al te bijdehante advocaat die meent iets *geheel anders* gehoord te hebben.

De Amerikaanse rechtspraktijk leert ons dat het ook anders kan. Niet altijd zo spectaculair als rechtbankfilms willen doen geloven, maar toch een verademing vergeleken met de Nederlandse praktijk. Advocaten hebben het heft in handen. Zij stellen de vragen en worden daar op de *Law Schools* ook voor opgeleid. Net als het kiezen van de leden van de jury, is het stellen van vragen een aparte kunst. Goedgetrainde advocaten halen op die manier razendsnel de voor hun betoog relevante feiten boven tafel zodat de rechter of de jury vervolgens goed geïnformeerd kan beslissen. En als er nog behoefte is aan een *expert witness*, dan wordt ook deze door de advocaten ondervraagd.

Dat dit niet altijd gaat zoals de bedoeling is, bewijst de over het internet zwerfende anekdote van een advocaat die een dokter ondervraagt.

Advocaat: Heeft u voor de autopsie zijn pols gecontroleerd?

Dokter: Neen.

Advocaat: Heeft u zijn bloeddruk gecontroleerd?

Dokter: Neen.

Advocaat: Heeft u nagegaan of hij nog ademde?

Dokter: Neen.

Advocaat: Is het mogelijk dat de patiënt dan nog leefde toen u aan de autopsie begon?

Dokter: Neen.

Advocaat: Hoe kunt u daar zo zeker van zijn?

Dokter: Omdat zijn hersenen in een bakje op mijn bureau stonden.

Advocaat: Is het uitgesloten dat de patiënt toch in leven was?

Dokter: Het was mogelijk dat hij nog leefde en elders het beroep van advocaat uitoefende.

BUITENLAND

Supreme Court heroverweegt verbod sodomie

Voor de tweede keer in zestien jaar overweegt het Amerikaanse Supreme Court of homoseksuelen burgers grondwettelijk recht hebben op seks.

De zaak vestigt niet alleen de aandacht op conservatieve lokale wetten, maar leidt ook tot discussie of het hoogste rechtscollege een eigen ‘vergissing’ mag corrigeren.

Je zou het een ironische samenloop van omstandigheden kunnen noemen. In de Amerikaanse hoofdstad Washington opende het *Holocaust Museum*, gelegen aan de oever van de Potomac-rivier, onlangs een tentoonstelling over de vervolging van homoseksuelen in Nazi-Duitsland. Het zou nog tot 1994 duren, vertelt een bord op de expositie, voordat West-Duitsland de laatste restjes van haar discriminerende wetgeving had opgeruimd.

Wat het bord vergeet te vertellen, is dat bezoekers bij het verlaten van de tentoonstelling zelf ook moeten oppassen. Want aan de overkant van de rivier, op gezichtsafstand van het museum, riskeren homoseksuelen nog stéeds gevangenisstraf. ‘Eenieder die vleselijke gemeenschap heeft met een man of vrouw via de anus dan wel via of met de mond, dan wel zich vrijwillig aan zulke gemeenschap onderwerpt, is schuldig aan een misdrijf,’ luidt namelijk paragraaf 18 van de staat Virginia. Virginia staat niet alleen, blijkt uit een overzicht [www.sodomylaws.org] van burgerrechtenorganisaties.

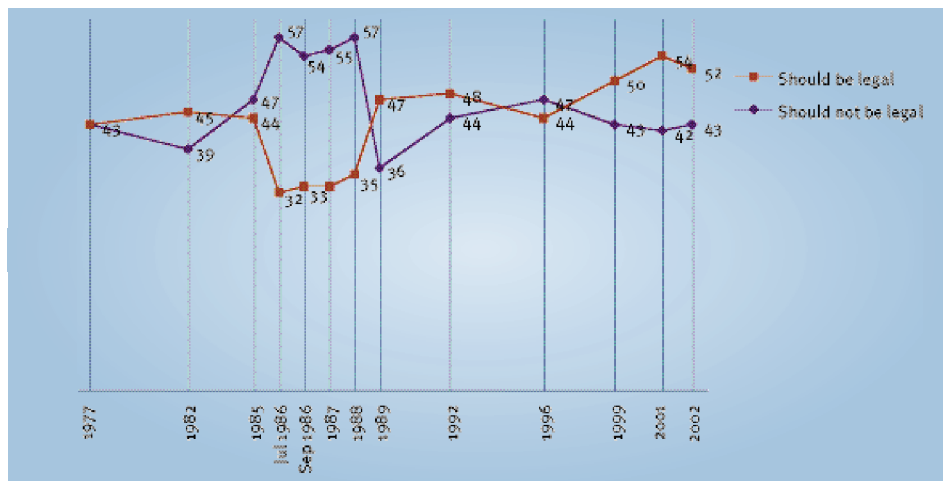
Veertien van de vijftig Amerikaanse staten kennen ‘sodomie-wetten’ – wetten die vrijwillig homoseksueel geslachtsverkeer strafbaar stellen als ‘misdad tegen de natuur’. Tien daarvan verbieden anale en orale seks tussen zowel homo’s als hetero’s (al worden de laatsten vrijwel nooit vervolgd); in vier staten geldt het verbod expliciet alleen homoseksueel geslachtsverkeer.

Vorige maand besloot het hoogste federale rechtscollege opnieuw te beoordelen of zulke verboden nog zijn te rijmen met de Grondwet van de federatie. Opnieuw, want zestien jaar geleden deed ze dat ook. Toen, in 1986, debiteerde de *Supreme Court* over de zaak *Bowers versus Hardwick*, waarin verdachte Hardwick in Georgia was veroordeeld wegens anale seks in zijn slaapkamer. Georgia kende op dat moment een strenge sodomiewet, met gevangenisstraffen tot twintig jaar. Meestal werd de wet zeer willekeurig toegepast; in de praktijk was het vooral een middel waar-

mee burgers elkaar een hak konden zetten. Wie bij een echtscheiding bijvoorbeeld de voogdij wil over de kinderen, is een flink eind op weg als aangetoond kan worden dat manlief zich schuldig maakte aan illegale seks.

Vijf van de negen opperrechters oordeelden in 1986 dat de Amerikaanse Grondwet geen fundamenteel recht verschaft op ‘sodomie’, en dat afzonderlijke staten zulke handelingen als zijnde ‘immoreel’ mogen verbieden, ook al gebeuren ze in de privé-sfeer. De uitspraak leidde destijds tot grote commotie – veel homo’s meldden zichzelf uit protest bij politiebureaus om een proces-verbaal te eisen.

Velen verwachten dat het hoogste rechtscollege dit keer het grondwettelijk recht op privacy zal laten prevaleren boven de wens van staten het seksueel verkeer van burgers te controleren. Dat zou een bom leggen onder de resterende wetten tegen ‘sodomie’. De grote vraag wordt echter: op grond waarvan? In de afgelopen zestien jaar, voerde Texas in zijn pleitnotitie finjtjes aan, is ‘sodomie’ toch niet opeens een grondwettelijk recht geworden? Kan een hooggerichtshof dat consistentie en betrouwbaarheid hoog in het vaandel voert, haar eigen interpretatie van de Grondwet zomaar omkeren, alleen omdat ze zelf inmiddels wat ruimer denken?



Do you think homosexual relations between consenting adults should or should not be legal? Bron: Gallup

Juridisch werd het echter pas écht interessant toen één van de opperrechters, Lewis Powell, drie jaar na pensionering publiekelijk toef ‘waarschijnlijk een fout’ te hebben gemaakt met zijn onverwachte maar doorslaggevende stem. Want volgens sommigen is dát uiteindelijk de reden dat de *Supreme Court* zich nu alweer bereid toont de centrale vraag te behandelen: het hoogste rechtscollege voelt de noodzaak zichzelf te corrigeren.

De nieuwe zaak, *Lawrence versus Texas*, draait om een homoseksueel stel in Houston, dat door een boze buurman in de val werd gelokt. De buurman belde de politie met de (valse) tip dat ze wapens in huis hadden. Agenten vielen de woning binnen, maar stuitten niet op geweren maar op het vrijende stel. Na een nacht in de cel kregen zij elk een boete van tweehonderd dollar aan de broek.

Tot nu toe vond de *Supreme Court* zelf van niet: om een oude uitspraak omver te werpen is meer nodig dan rechters met een andere mening: er moeten duidelijke aanwijzingen zijn dat de verandering breed wordt gedeeld. Eén mogelijke ontsnappingsroute voor het college zal daarom zijn dat het aantal staten dat sodomie verbiedt verder is afgenomen – 50 in 1960, 25 in 1986, nu nog maar 14. En volgens opiniepeiler Gallup vindt nu 52 procent van de Amerikanen dat homoseksuele relaties legaal moeten zijn, tegen 33 procent in 1986.

Of deze verschuivingen genoeg zijn om een ‘rectificatie’ van de *Supreme Court* op te baseren, zal niet voor iedereen even duidelijk zijn. *Lawrence versus Texas* zal komend voorjaar de Amerikaanse gemoederen flink in beweging brengen – óók onder juristen.

(Peter Vermij, journalist in Washington)



SEC ontziet advocaten buiten VS

WASHINGTON – Europese advocaten die werken voor bedrijven met een Amerikaanse beursnotering zullen niet vallen onder nieuwe ethische regels in de Verenigde Staten. Dat heeft de waakhond van de Amerikaanse beurzen, de *Securities and Exchange Commission* (SEC), vorige week besloten.

Aan het Amerikaanse besluit ging grote druk vooraf van onder meer de Europese Commissie en de *International Bar Association*. Concept-gedragsregels, in november gepubliceerd, bevatten nog geen uitzonderingsclausules voor advocaten in het buitenland. Omdat veel bedrijven genoteerd zijn in verscheidene landen, dreigde de Amerikaanse gedragscode overall ter wereld bedrijfsadvocaten in problemen te brengen.

In een persverklaring maakte de SEC twee weken geleden bekend dat de definitieve gedragsregels op dit punt zullen worden aangepast. Advocaten in het buitenland zullen alleen onder de Amerikaanse gedragscode vallen wanneer zij bedrijven adviseren in kwesties die de *Securities and Exchange Commission* rechtstreeks aangaan, of wanneer zij in

zulke gevallen samenwerken met Amerikaanse collega's. Voor het overige blijft de inhoud van de controversiële gedragscode echter grotendeels overeind.

Een Amerikaanse advocaat die ontdekt dat een employee de aandeelhouders benadeelt (of wil benadelen), zal dit voortaan aan de bedrijfstop moeten melden. Volgens de definitieve regels hoeft echter alleen aan de bel te worden getrokken op basis van 'objectief, geloofwaardig bewijs' – dat is bewijs dat het 'voor een verstandige en competente advocaat onredelijk zou maken níet te vermoeden dat er een redelijke kans bestaat dat er sprake is van een substantiële overtreding'.

Wanneer het luiden van de alarmbel zonder gevolgen blijft, moet de hiërarchische ladder binnen het bedrijf verder worden beklommen, zonodig tot en met de allerhoogste sport. Maar als een bedrijf tevoren een *qualified legal compliance committee* (QLCC) heeft ingesteld, met ten minste drie onafhankelijke bestuursleden of commissarissen, kan die commissie als eerste én laatste meldstation dienen.

Als het bedrijf ondanks alles niet op haar dwalingen terugkeert, zal de advocaat zich volgens de nieuwe regels moeten terugtrekken. Maar anders dan aanvankelijk voorgesteld, hoeft hij dit waarschijnlijk niet zelf aan de grote klok te hangen. In plaats daarvan overweegt de SEC bedrijven te verplichten om binnen twee dagen publiek te maken wanneer hun raadsman om ethische redenen is opgestapt.

De eerste van buitenaf opgelegde gedragscode voor Amerikaanse advocaten komt voort uit een golf van grote bedrijfsschandalen, onder andere bij *Enron* en *Worldcom*. Om het vertrouwen van investeerders te herstellen nam het Amerikaanse Congres afgelopen zomer de *Sarbanes-Oxley Act* aan, die de SEC opdraagt ethische regels te formuleren voor directieleden, commissarissen, accountants en advocaten. De *American Bar Association* (ABA) denkt nog na over eigen aanbevelingen om de gedragscodes van lokale Amerikaanse orden, met name wat betreft het verschoningsrecht, aan te scherpen. (Peter Vermij)

Berichten uit het notariaat

mr. E.E. Minkjan, bestuurssecretaris KNB



De notaris is bestuursorgaan

Op 1 december is een wet in werking getreden, die duidelijk maakt dat de notaris een bestuursorgaan is. Tegelijkertijd is het grootste deel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) buiten toepassing verklaard voor het notariaat. Voor de deurwaarders geldt hetzelfde.

Toen op 1 november 1999 de nieuwe Wet op het notarisambt (Wna) in werking trad, en het KNB-bestuur, de ringbesturen en de ringvoorzitters in de arrondissementen bestuursorgaan werden, rees de vraag hoe het eigenlijk zat met de notaris zelf. Bij de inwerkingtreding van de Awb in 1994 is de gedachte bij niemand opgekomen, maar is de notaris zelf niet ook in de woorden van de Awb een persoon met enig openbaar gezag bekleed? In eerste instantie klinkt dit heel onwaarschijnlijk. Het kenmerk van openbaar gezag is het eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten en de notaris handelt toch niet eenzijdig, uit zichzelf? Inderdaad, maar de notaris verlijdt aktes ten behoeve van zijn cliënten, niet namens

hen. Ook als het om andere bij wet opgedragen taken gaat, zoals het legaliseren van een handtekening, bepaalt de notaris de rechtspositie van andere rechtssubjecten.

De regering koos voor de oplossing: de notaris is bestuursorgaan, maar de ongewenste gevolgen daarvan worden uitgesloten. Over de wijze waarop dit het best kon, is overlegd tussen Justitie en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. Het komt erop neer dat de bepalingen uit de Awb die betrekking hebben op besluiten buiten toepassing zijn verklaard voor de notaris en verder zijn de ambtshandelingen van de notaris uitgesloten van bezwaar en beroep. De civiele rechter blijft bevoegd. Voor het overige liggen de beginselen van behoorlijk bestuur voor de notaris al vast in de Wna en de tuchtrechtelijke jurisprudentie, zoals onpartijdigheid, zorgvuldigheid en geheimhouding. De Wet openbaarheid van bestuur is niet van toepassing, omdat de Wna een eigen regeling kent voor openbaarheid.

Wel is van toepassing de klachtenbehandeling van hoofdstuk 9 Awb.

Kritiek op mogelijke strafbevoegdheid OM

En weer krijgt het Openbaar Ministerie extra bevoegdheden. Tenminste, als het concept wetsvoorstel dat demissionair minister van Justitie Donner de Orde om advies stuurde, wordt aangenomen.

Het wetsvoorstel geeft het OM de bevoegdheid om straffen en maatregelen op te leggen zonder tussenkomst van de rechter. Het past in het streven om de rechterlijke macht te ontlasten. Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken gebeurt nu vooral via transacties. Die worden executabel doordat het OM in een strafbeschikking straffen en maatregelen mag opleggen. De belangrijkste zijn taakstraffen van ten hoogste honderdachtig uur, geldboetes, ontzegging van de rijbevoegdheid voor maximaal zes maanden, alsmede onttrekking aan het verkeer van gevaarlijke voorwerpen. Vrijheidsstraffen vallen er buiten.

In een eerste reactie zegt J. Boksem (Adviescommissie Strafrecht) dat de

advocatuur geen behoefte heeft aan een strafbevoegdheid van het Openbaar Ministerie. 'Ons voornaamste punt van kritiek zal zijn dat de opsporing, vervolging, berechting, strafoplegging en executie, in de handen van één instantie worden gelegd.'



mr. J. Boksem

De strafbeschikking, in tegenstelling tot de transactie, wordt een verdachte opgelegd nadat het OM diens schuld heeft vastgesteld. Het OM kan de strafbeschikking opleggen voor overtredingen of misdrijven waarop een maximumstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar. Voordat een taakstraf of ontzegging van de rijbevoegdheid wordt opgelegd,

moet de verdachte gehoord worden. Voor boetes hoger dan 2.250 euro dient daar een advocaat bij te zijn.

Een verdachte kan tegen de strafbeschikking in verzet gaan bij de strafrechter. Dan volgt er een volledige behandeling van de zaak. Justitie verwacht dat een substantieel kleiner deel van de verdachten verzet zal aantekenen tegen een strafbeschikking dan het aandeel dat onder huidige recht de transactie niet betaalt.

Bij transacties betaalt thans ruwweg 30 procent niet. Een daling naar 15 procent lijkt reëel en zou betekenen dat er per jaar ongeveer 75.000 zaken minder voor de strafrechter komen.

Volgens mr. T.A. de Roos, hoogleraar straf- en strafprocesrecht in Leiden zal niemand blij zijn met het voorstel, dat de trias leer weer verder uitholt. 'Maar kunnen we er überhaupt aan ontkomen, is de vraag. Het water staat de strafrechtspleging al ver over de lippen.'

Onder de maatschappelijke druk van het handhavingstekort zal men iets

moeten ondernemen tegen de wassende stroom strafzaken. Tegelijk mag de zittende magistratuur daar niet mee belast worden, want dan bestaat het risico dat het hele strafstelsel in elkaar stort. 'Dus als je op een zo verantwoord mogelijke manier de rechter enigszins kunt afschermen, dan moeten we deze prijs betalen, liever dan dat je de stroom over laat komen en de zittende magistratuur kopje-onder gaat.'

De Roos is met name bezorgd over de vraag of de rechtsbijstand voldoende gewaarborgd is. 'Het is een soort consensuele afdoening. Als de verdachte in die fase niet van rechtsbijstand verzekerd is, gaat het mis.'

Desgevraagd weet advocaat Boksem een 'prima alternatief' voor het wetsvoorstel: 'Alles gewoon laten zoals het is. De transactie functioneert in de praktijk goed en is een mooie manier om zaken bij de rechter vandaan te houden.'

(Jan Pieter Nepveu, journalist)

'Afhandeling strafzaken moet efficiënter'

Het strafproces moet efficiënter verlopen om het hoofd te kunnen bieden aan het groeiend aantal strafzaken. Daarvoor zijn een aantal wetswijzigingen nodig. Dat zegt de commissie 'Verbetervoorstellen' bestaande uit strafrechters die in opdracht van Raad voor de Rechtspraak de knelpunten in de strafrechtprocedure in kaart brachten. De Raad voor de Rechtspraak heeft een aantal wetswijzigingen voorgesteld aan minister Donner van Justitie. De voorstellen betreffen met name formele onderdelen die het verloop van het proces nauwelijks zouden beïnvloeden:

- het terugdringen van het aantal raadkamerzittingen tijdens de

voorlopige hechtenis;

- het terugdringen van het aantal pro forma-zittingen;
- beperking van het aantal aanhoudingen van de zitting door de termijn voor het oproepen van getuigen te koppelen aan de dagvaardingstermijn;
- het stroomlijnen van het hoger beroep en het invoeren van een wettelijk kader voor regiezittingen.

Donner heeft gisteren drie conceptwetsvoorstellen, die het strafproces eenvoudiger moeten maken, gestuurd naar belanghebbende organisaties (onder andere naar de Orde). Hij volgt daarmee het advies van de commissie.

Website moet onjuiste tarieven verwijderen

Notarissen hebben geen wettelijke verplichting om mee te werken aan enige vorm van publicatie van hun tarieven. Dat heeft het Gerechtshof Amsterdam op 7 november 2002 bepaald in een niet-gepubliceerde uitspraak over de website degoedkoopstenotarissen.nl (rolnummer 952/01 KG). Op deze site wijst juridisch adviseur Paul Ruys consumenten op de (laagste) tarieven voor verschillende notariële akten. De website had zonder medewerking van het Venlose notariskantoor Rivierdael de vastgoedtarieven van dit kantoor gepubliceerd. De vermelde tarieven waren onjuist en Rivierdael maakte bezwaar tegen publicatie op de website. Op 21 juni 2001 gaf de president van de rechtbank Utrecht Rivierdael gelijk en maande DGN de tarieven te deleten (www.rechtspraak.nl, LJN-nummer AB6628). In hoger beroep bepaalde het gerechtshof dat DGN de juiste cijfers moet publiceren en dat notaris-kantoren daaraan niet hoeven mee te werken. Omdat DGN de juistheid van de zelf vergaarde gegevens niet aannemelijk wist te maken, werd publicatie van deze tarieven onrechtmatig bevonden.

(Lex van Almelo, journalist)

ORDE MEDEDELINGEN

Orde tegen voorgestelde uitbreiding identificatieplicht

De identificatieplicht moet niet worden uitgebreid. Dat staat in een advies dat de Nederlandse Orde van Advocaten onlangs heeft uitgebracht aan minister Donner van Justitie. De bewindsman had om het advies gevraagd. De Orde is van oordeel dat een uitbreiding van de identificatieplicht alleen is gerechtvaardigd als daardoor de effectiviteit van de rechtshandhaving aantoonbaar wordt verbeterd. Die vraag wordt in het voorstel van de minister onvoldoende beantwoord. De Orde wijst

er bovendien op dat al in een groot aantal situaties een identiteitsbewijs vereist is (achter het stuur, op het werk, in het openbaar vervoer enzovoort).

De Orde is voorts van mening dat de leeftijdsgrens in overeenstemming moet zijn met andere Europese landen, en dus niet moet gelden voor personen jonger dan 16 jaar. Verder acht de Orde de voorgestelde aparte strafbaarstelling voor het niet kunnen tonen van identificatie disproportioneel, zeker in aanmerking genomen dat de minister de

toonplicht ook voor kinderen van 12 tot 16 jaar wil invoeren.

Tot slot vraagt de Orde uitdrukkelijk aandacht voor het noodzakelijkheids criterium. De noodzakelijkheid dient altijd in het proces-verbaal vermeld te worden, zodat de rechter achteraf kan toetsen of terecht om een identiteitsbewijs is gevraagd. De bevoegdheid om naar zo'n bewijs te vragen mag niet willekeurig worden uitgeoefend.

Hoogleraar Advocatuur voornemens te stoppen

Prof. mr. L.H.A.J.M. Quant is voornemens nog dit jaar te stoppen als hoogleraar Advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam. Quant zal begin 2004 de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, maar wil zich dus eerder terugtrekken. Reden is de Bachelor/Masterstructuur, die vanaf

januari 2004 van start zal gaan. 'Het lijkt mij beter als een nieuwe hoogleraar de nieuwe collegecycle op zich neemt,' aldus Quant. De bijzondere Leerstoel Advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam werd in 1993 ingesteld door de Orde. De werving van een opvolger start binnenkort.

Indexering griffierechten

Per 1 februari zijn de griffierechten in bestuursrechtelijke en civiele zaken geïndexeerd. Een compleet overzicht (per wetsartikel) kunt u vinden op [\[catenorde.nl\]\(http://catenorde.nl\) en \[BalieNet\]\(http://BalieNet\), onder het subkopje wet- en regelgeving. Doorklikken naar 1. Vademecum, 2. inhoudsopgave, 3. tarieven en 4. de afdelingen 6.1, 6.2 en 6.3.](http://www.advo-</p></div><div data-bbox=)

Drukfouten in Vademecum

De precieze omvang van het probleem is nog niet duidelijk, maar in een aantal gevallen blijkt het onlangs aan u toegestuurde *Vademecum 2003* drukfouten te bevatten. In de foute exemplaren van het deel Personen ontbreken de pagina's 281 tot en met 312 of de pagina's 505 tot en met 536. Ook in het deel Wet- & regelgeving blijkt in een aantal gevallen wat te

ontbreken: de pagina's 376 tot en met 441. Mocht u in het bezit zijn van een deel met ontbrekende pagina's, dan kunt u dat deel kosteloos retourneren aan de Nederlandse Orde van Advocaten, afdeling Communicatie, Postbus 30851, 2500 GW Den Haag. U krijgt dan een nieuw exemplaar toegestuurd. Excuses voor het onge-

Richtlijn klachten- en geschillenregeling

Al enige tijd geleden aanvaard door het College van Afgevaardigden, maar tot dusver nog niet afgedrukt in het *Advocatenblad*: de richtlijn Klachten- en Geschillenregeling Advocatuur. Die beveelt advocaten aan om deel te nemen aan de klachten- en geschillen-

regeling, en deze van toepassing te verklaren op hun dienstverlening. Ook wordt advocaten aanbevolen om een eigen klachtenfunctionaris te benoemen. Zie voor de tekst van de richtlijn de rubriek *Van de Orde achter in dit blad*.



Linklaters geeft Enron-documenten

Global firm Linklaters heeft verklaard zich te zullen voegen naar een uitspraak van 16 januari door het Southern District of New York Bankruptcy Court dat het documenten moet overleggen die licht kunnen werpen op de oorzaken van het faillissement van Enron. Het kantoor verzette zich tot dan toe tegen overlegging op basis van het *client privilege*, maar oordeelde deze positie na de genoemde uitspraak niet langer houdbaar. 'Het blijkt dat dergelijke bezwaren niet

langer gelden als de cliënt in kwestie Enron is of een van diens dochterbedrijven', aldus Linklaters in een verklaring. 'Daarom voegen we ons naar onze wettelijke plicht onder het recht van de staat New York om de onderzoeker de documenten te geven die hij wenst.'

Onderzoeker Neal Batson sleepte Linklaters voor de rechter omdat hij de documenten van juist dat kantoor van bijzonder belang acht. Het *client privilege* speelt daarbij geen rol meer

omdat Enron failliet is en de managers die het bedrijf in de laatste fase bestuurden nu ook willen dat de onderste steen boven komt. De documenten in kwestie betreffen volgens het blad *Legal Week* onder meer 'belastingjuridische adviezen aan Enron inzake een *deal* met Barclays bank'. Afgelopen zomer werden 45 advocatenkantoren dringend verzocht stukken over Enron ter beschikking te stellen. Linklaters is tot dusver het enige kantoor dat meewerkt, zij het

na juridische dwang.

Net als Linklaters kreeg ook De Brauw Blackstone Westbroek afgelopen augustus een *subpoena* uit New York. De Brauw trad op voor Enron als adviseur inzake de inkoop en verkoop van energie. Woordvoerder Bert van Drie: 'Voor ons is er niets veranderd. In de vorm waarin de verzoeken ons hebben bereikt kunnen we niet meerwerken zonder onze beroepsregels te overtreden.'

(Micha Kat)

AGENDA

Rol medisch adviseur in de regeling van letselschaden

Op vrijdag 28 maart organiseert de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) de conferentie 'Een goede schaderegeling: dankzij of ondanks de medisch adviseur?' Op de conferentie komt de rol van de medisch

adviseur aan bod. Kosten: € 365 per persoon exclusief BTW, aanmelding/informatie: Studiecentrum Kerckebosch, telefoon: 030-698 42 22, Postbus 122, 3700 AC Zeist, e-mail: info@kerckebosch.nl

(advertentie)

Hoe informeert u uw relaties over juridische ontwikkelingen?



Juridisch & Fiscaal Marketingteam heeft specifiek voor advocatenkantoren verschillende producten ontwikkeld waarmee uw kantoor uw relaties regelmatig kan informeren over actuele juridische ontwikkelingen:

- ◆ uw eigen juridische cliënten-nieuwsbrief
- ◆ actuele juridische artikelen die u kunt gebruiken voor uw eigen nieuwsbrief of internet-site
- ◆ maandelijkse cliënten-nieuwsbrief per e-mail

Juridisch & Fiscaal Marketingteam ondersteunt sinds 1994 juridische dienstverleners met een groot assortiment aan marketing-producten. Voor meer informatie, voorbeelden en prijzen kunt u terecht op onze website (www.jfm.nl) of bellen met (024) 359 10 00.

JURIDISCH
FISCAAL
MARKETING
TEAM

INHOUD VAN DE TWEE DELEN

DEEL I

Advocatuur
 Afbreking van instantie
 Algemene beginselen
 Arbeidsprocesrecht
 Arbitrage en bindend advies
 Beslag
 Bewijs
 Competentie
 Dagvaarding
 Eiswijziging
 Executie

DEEL II

Faillissementsprocesrecht
 Familieprocesrecht
 Huurprocesrecht
 Incidenten
 Kort geding
 Kosten
 Misbruik van procesrecht
 Partijen
 Pleidooi
 Rechtsmiddelen
 Schadestaatprocedure
 Uitspraak
 Verstek
 Verzoekschriftprocedure

Wetgeving

Literatuur

In dit nummer het eerste deel van de jaarlijkse **Kroniek Burgerlijk procesrecht**. In het komende nummer volgt ook **Nieuwe wetgeving en Literatuur**.

mr. W. Heemskerk, mr. T.F.E. Tjong

Tin Tai en mw. mr. W.I. Wisman¹

Kroniek burgerlijk procesrecht 2002

ADVOCATUUR

geschil over declaratie

In geschillen over declaraties oordelen de plaatselijke Raden van Toezicht op de voet van art. 32 WTBZ over de hoogte van de declaratie. Deze regeling stoelt op het inzicht dat deze Raden bij uitstek deskundig zijn om te begroten wat advocaten toekomt aan honorarium en op de wens om procederen omtrent de hoogte van het honorarium zoveel mogelijk te beperken. De vraag rijst of de gang naar de Raden ook gemaakt moet worden indien het geschil niet alleen de hoogte van de declaratie betreft, maar de declaratie ook op andere gronden wordt betwist. Rechtbank Zwolle oordeelt dienaangaande in haar uitspraak van 27 juni 2001, NJ 2002, 251, rov. 3.2 dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever zich gerealiseerd heeft dat een geschil over de verschuldigdheid van een declaratie tegelijkertijd haar oorzaak kan vinden in de hoogte daarvan alsook in andere gronden en dat daarvan dan het gevolg zou moeten zijn dat de advocaat twee verschillende rechtsgedingen dient in te stellen. Naar het oordeel van de rechtbank kan dit laatste niet de bedoeling zijn geweest. Indien de cliënt niet alleen de hoogte van de declaratie betwist, maar ook de verschuldigdheid daarvan op andere gronden (in dit geval

onder meer de opdrachtverlening), dient het geschil in zijn geheel door de gewone burgerlijke rechter beslecht te worden, aldus de rechtbank.

AFBREKING VAN INSTANTIE

Burgerlijke zaken bij de gerechtshoven dienen te worden behandeld door meervoudige Kamers, aldus art. 70 lid 2 Rv-oud. Niettemin zag de Hoge Raad er in HR 11 januari 2002, RvdW 2002, 17 (Kuperus en mr. Van der Spek q.q./De Vries), rov. 5.2 geen been in dat ontslag van instantie door de in art. 344 Rv bedoelde enkelvoudige Kamer van het Hof wordt verleend. In Hof Den Haag 23 oktober 2001, NJ 2002, 89, rov. 5 werden aan de 'eenvoudige' akte tot verval van instantie, als bedoeld in art. 282 Rv, geen al te hoge eisen gesteld: de nietigheid van die akte zal slechts met succes kunnen worden ingeroepen als de wederpartij weet aan te tonen dat zij door een aan de akte klevend gebrek in haar verdediging is benadeeld.

ALGEMENE BEGINSELEN

hoor en wederhoor

Zo nu en dan rijst de vraag waartoe de rechter in feitelijke instanties met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor nu wel en niet ambtshalve gehouden is. In zijn conclusie voor HR 12 april 2002, NJ

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

2002, 297 (Visser/Kroon) verzucht A-G Spier onder 2.5 dat in een tijd waarin het rechterlijk apparaat dreigt te bezwijken onder een toenemende last van zaken van partijen gevegd mag worden dat zij adequaat procederen. De Hoge Raad is het in zoverre met Spier eens dat het Hof niet ambtshalve gelegenheid behoefde te geven voor het nemen van een memorie van antwoord in het incidenteel appèl, nu het Hof ervan mocht uitgaan dat beide partijen na de memorie van antwoord in het principaal appèl arrest hadden gevraagd (rov. 3.4.2).

Uit HR 29 november 2002, RvdW 2002, 189 (Dipasa/Huyton) blijkt dat de feitenrechter niettemin dient te bewaken dat slechts wordt beslist aan de hand van stukken waarvan partijen voldoende hebben kunnen kennisnemen en waarover zij zich hebben kunnen uitlaten. Indien kort voor of bij gelegenheid van een terechtzitting bescheiden worden overgelegd, waarvan de aard en omvang reeds het vermoeden wettigen dat tot de betrokken terechtzitting de tijd en gelegenheid voor een behoorlijke kennisneming ervan en een deugdelijke voorbereiding van verweer ertegen hebben ontbroken, dient de rechter – ook ambtshalve – op de naleving van deze fundamentele regel van hoor en wederhoor te letten. De rechter dient hierover een beslissing te geven. Met het oog op de controle door de hogere rechter dient uit de uitspraak of het proces-verbaal te blijken hetzij dat door een maatregel van de rechter gelegenheid tot kennisneming van en uitlating over de inhoud van de bescheiden heeft bestaan, hetzij dat de wederpartij ermee heeft ingestemd dat de rechter ook zonder zo'n maatregel met het stuk rekening zal kunnen houden (vgl. HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732).

equality of arms

De verzekeraar die simulatie van whiplashklachten vermoedt, maakt buiten medeweten van zijn verzekerde foto's en video-opnamen en doet navraag bij voormalig werkgevers. Met het oog op de te voeren bodemprocedure vordert de verzekerde in kort geding inzage in het verzamelde feitenmateriaal, maar haalt bakzeil in drie instanties. Het beginsel van 'equality of arms', noch het bepaalde in art.



843a Rv brengt mee dat de verzekeraar, ongeacht door de bodemrechter te geven beslissingen omtrent de rechtmatigheid van de verkrijging van het feitenmateriaal, verplicht is dit materiaal aan de verzekerde ter beschikking te stellen, aldus HR 31 mei 2002, RvdW 2002, 93 (K/Aegon), rov. 3.7.2.

onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Een vraag die de gemoederen al geruime tijd bezighoudt is of het feit dat een rechter in een civiele zaak een beslissing over een voorlopige voorziening heeft gegeven eraan in de weg staat dat dezelfde rechter over een vordering ten gronde met betrekking tot – praktisch – dezelfde geschilpunten oordeelt. Die vraag wordt in de Nederlandse rechtspraak zeer verschillend beoordeeld. Zie de conclusie van A-G Huydecoper onder 8 voor HR 14 juni 2002, JOL 2002, 345 (X/Stichting Mitros), waarin deze vraag speelde ten aanzien van de kantonrechter die eerst een voorziening op grond van art. 116 Rv-oud had beoordeeld en later de vordering in de hoofdzaak. Overigens werd de vraag in deze zaak om cassatietechnische redenen – helaas – niet aan de Hoge Raad voorgelegd.

substantiëringsplicht

Sinds 1 januari 2002 dient de dagvaarding de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor te vermelden, alsmede de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis (art. 111 lid 3 Rv). Op grond van art. 120 lid 4 Rv kan de rechter eiser bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken (vgl. art. 128 lid 5). De praktijk wijst uit dat de rechter van deze

bevoegdheid ook gebruikmaakt, zie bijvoorbeeld Ktr. Delft 21 februari 2002, Prg. 5832 m.nt. A.J.J. van der Heiden. Wanneer eiser ondanks een gegeven herkansing zijn substantiërings- en bewijsaandragplicht negeert, volgt alsnog afwijzing van de vordering (Ktr. Zutphen 14 mei 2002, Prg. 5887).

Een wel zeer straffe toepassing van art. 111 lid 3 Rv is Vzng. Rb. Roermond 28 februari 2002, LJN-nr. AD 9606, waarin de voorzieningenrechter geen aanleiding ziet eiser in de gelegenheid te stellen het verzuim om aan zijn substantiërings- en bewijsaandragplicht te voldoen te herstellen, aangezien de procedure “een kort geding betreft, waarbij in beginsel op korte termijn duidelijkheid moet worden gegeven vanwege het spoedeisende karakter daarvan”.

goede procesorde

In zijn arrest van 10 januari 2002, NJ 2002, 504, rov. 4.11-4.12 vraagt Hof Amsterdam aandacht voor de vraag wat van partijen met het oog op een behoorlijke procesorde kan worden verlangd. In de onderhavige procedure – die, aldus het Hof, “reeds zulke buitensporige proporties” had aangenomen – had het op de weg van geïntimeerden gelegen om de mogelijkheden te baat te nemen om verdere verlenging te vermijden door in te gaan op de uitnodiging van appellante om het voorgenomen oordeel van de rechtbank te bespreken. “In zoverre kunnen en moeten zij bijdragen aan een behoorlijke procesorde.” Dat geïntimeerden dat nagelaten hebben, komt naar het oordeel van het Hof in strijd met art. 6 EVRM en mag consequenties hebben. Zie genoemd arrest voor de vraag welke consequenties dat in casu heeft.



De goede procesorde kan naar het oordeel van de kantonrechter te Groningen ook meebrengen dat een verzoek terstond wordt afgewezen zonder dat een mondelinge behandeling wordt bepaald (Ktr. Groningen 12 februari 2002, NJ 2002, 322). In dit geval werd behandeling van een herhaald verzoek om doorhaling van de inschrijving van een vereniging in het handelsregister zonder zin geacht en inachtneming van het bepaalde in art. 279 Rv bovendien belastend voor derden en het gerechtelijk apparaat.

APPÈL (ZIE RECHTSMIDDELEN)

ARBEIDSPROCESRECHT

goede procesorde

Da Silva verricht werkzaamheden voor Heineken, wordt ontslagen en stelt een loonvordering in. In de procedure wordt over een mogelijke matiging van de loonvordering niet gedebatteerd. De rechtbank ziet niettemin – ambtshalve – aanleiding in de omstandigheden van het geval de aanspraak van Da Silva te matigen. Dat levert naar het oordeel van de Hoge Raad geen verrassingsbeslissing op, nu een werknemer die een loonvordering instelt van het begin af aan rekening zal hebben te houden met de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot matiging ex art. 7:680a BW (HR 13 september 2002, NJ 2002, 496 (Da Silva/Heineken), rov. 3.4).

ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES

vernietiging

Wanneer Haegens met succes een arbiter heeft gewraakt op basis van evident gegronde twijfel aan diens onpartijdigheid en onafhankelijkheid, vordert hij vernietiging van het arbitraal *tussenvonnissen* dat mede door de betreffende arbiter is geweest. Zijn wederpartij beroept zich op art. 1064 lid 1 en 4 Rv. Ingevolge art. 1064 lid 1 Rv staat het rechtsmiddel van vernietiging open tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal *eindvonnissen*. Ten aanzien van een arbitraal *tussenvonnissen* bepaalt art. 1064 lid 4 Rv dat de vordering tot vernietiging uitsluitend kan worden ingesteld tezamen met de vordering tot ver-

nietiging van het geheel of gedeeltelijke arbitraal *eindvonnissen*. De rechtbank oordeelt echter dat het verbod tot het instellen van een vordering tot vernietiging van een *tussenvonnissen* doorbroken moet kunnen worden, indien sprake is van een ernstige schending van de ook in een arbitrageprocedure geldende fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde, die onder meer impliceren dat een arbiter onpartijdig en onafhankelijk is. Van Haegens kan niet gevegd worden dat hij op basis van het – mede door de met succes gewraakte arbiter geweest – *tussenvonnissen* de arbitrageprocedure tot een *eindvonnissen* voortzet, voordat hij door middel van een vordering tot vernietiging van het *eindvonnissen* het *tussenvonnissen* kan aantasten (Rb. Breda 27 februari 2001, NJ 2002, 135 (Haegens/mr. Veldman q.q.), rov. 3.5).

Zie ook Hof Arnhem 13 november 2001, NJ 2002, 248, rov. 4.8 (vernietiging bindend advies wegens schending hoor en wederhoor door bindend adviseur).

Op het grensvlak van gewone rechtspleging en alternatieve geschillenbeslechting bestaat de mogelijkheid voor partijen zich samen tot de kantonrechter van hun keuze te wenden en zijn beslissing in te roepen (art. 96 Rv). Zie bijvoorbeeld Ktr. Alkmaar 3 juli 2002, Prg. 5898, waar partijen de kantonrechter vragen te oordelen over de vraag wie van de twee betrokken weggebruikers voorrang had.

BESLAG

eis in de hoofdzaak

Bij het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag zal de voorzieningenrechter op de voet van art. 700 lid 3 Rv een termijn bepalen waarbinnen een eis in de hoofdzaak dient te worden ingesteld. In Vznr. Rb. Middelburg 1 oktober 2002, KG 2002, 308, rov. 4.3 rees de vraag of een conclusie tot voeging gelijk te stellen is met het instellen van een eis in de hoofdzaak. De voorzieningenrechter oordeelde dat dit niet het geval is, nu door voeging geen zelfstandig vorderingsrecht wordt verkregen.

In het geval van een conservatoir derdenbeslag dient een afschrift van het stuk waarbij de eis in de hoofdzaak is ingesteld aan de derde te worden betekend (art. 721 Rv). Die eis geldt ook indien het gaat om een vreemdelingenbeslag (art. 765 Rv) onder een derde, aldus Rb. Middelburg 24 oktober 2001, NJ 2002, 52, rov. 2.3.

derdenbeslag

Toen de President van de rechtbank te Utrecht oordeelde dat beslag kan worden gelegd op kredietruimte, ontstond de nodige commotie (Pres. Rb. Utrecht 6 september 2001, NJ 2002, 70 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, rov. 3.6). De President motiveert zijn beslissing door te wijzen op het feit dat een schuldeiser in staat moet worden gesteld om zich te verhalen op alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar en te voorkomen dat de schuldenaar andere schuldeisers wel voldoet met nog niet beslagen vermogensbestanddelen. Naar het oordeel van de President zou er anders bovendien een ongeachtvaardigd onderscheid ontstaan tussen een beslag op een lening die de bank op enig moment in zijn geheel aan de schuldenaar heeft verstrekt, en een krediet dat door de bank over een langere periode en in gedeeltes wordt verstrekt. Kortmann plaatst in zijn noot onder de uitspraak een kanttekening bij de kwalificatie van de bevoegdheid tot het gebruikmaken van nog niet benutte kredietruimte als een bestaande vordering. De rekeninghouder heeft, aldus Kortmann, ter zake van de nog vrije kredietruimte geen vorderingsrecht, maar een wilsrecht. Pas als de rekeninghouder dit wilsrecht uitoefent, wordt de ten tijde van het beslag ‘potentiële’ toekomstige vordering een bestaande vordering, die wél door het beslag getroffen wordt (vgl. art. 475 lid 1 Rv). Kortmann tekent terecht aan dat deze situatie slechts aan de orde kan zijn indien en voorzover de rekeninghouder op grond van de overeenkomst met de bank ook na het beslag nog bevoegd is van de kredietruimte gebruik te maken. Zie ook de literatuurverwijzingen in de noot van Kortmann. Een vergelijkbare benadering volgt Vznr. Rb. Amsterdam 10 oktober 2002, JOR 2002, 232, rov. 7, al komt deze tot een andere uitkomst, te weten dat krediet-

ruimte *niet* vatbaar is voor beslag. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is verschafte kredietruimte aan te merken als een voorwaardelijk recht op een geldlening. Het al dan niet ontstaan van die lening is geheel afhankelijk van de ongebonden wil van de schuldeiser. Uit zijn aard heeft deze potestatieve voorwaarde tot gevolg dat er nog geen verbintenis is, zodat deze ook niet kan worden aangemerkt als vorderingsrecht waarop art. 475 Rv ziet. De voorzieningenrechter acht beslag op kredietruimte bovendien uit maatschappelijk oogpunt onwenselijk (rov. 8). Ook de voorzieningenrechter te Den Bosch meent dat de vordering die op de bank ontstaat bij uitoefening van het wilsrecht niet 'rechtstreeks' wordt verkregen uit de tussen bank en rekeninghouder bestaande rechtsverhouding. Ook zijn oordeel luidt derhalve dat beslag op kredietruimte niet mogelijk is. Zie Vzgnr. Rb. Den Bosch 10 oktober 2002, JOR 2002, 233, m.nt. A.J. Verdaas, rov. 4.2.1-4.2.6.

De uitspraak van 6 september 2001 deed in lopende zaken de vraag rijzen of met een verlot tot het leggen van beslag tevens toestemming is gegeven om beslag te leggen op kredietruimte. De voorzieningenrechter te Breda meent dat hiervan slechts sprake is, indien bij het vragen van verlot tevens uitdrukkelijk is gevraagd om verlot tot het leggen van beslag op kredietruimte (Vzgnr. Rb. Breda 27 maart 2002, KG 2002, 107, rov. 3.17-3.22).

Vergelijk in verband met het vorenstaande voorts Rb. Den Haag 14 augustus 2002, NJkort 2002, 67, rov. 8-12, waarin de rechtbank oordeelde dat toekomstige vorderingen niet onder het beslag vielen nu voor het ontstaan van die vorderingen nog nadere rechtshandelingen nodig waren.

Zie over de vraag wat onder een beslag valt voorts HR 15 november 2002, RvdW 2002, 181 (De Kroon/Peters), rov. 3.4.4 (beslag onder notaris strekt zich niet uit tot derdenrekening die onder stichting derdengelden valt) en Vzgnr. Rb. Utrecht 11 april 2002, KGK 1630 (KG 2002, afl. 19) (de na beslaglegging door een serveerster ontvangen fooi-



en vallen niet onder het derdenbeslag ten laste van de restauranthouder).

opheffing beslag

Indien de vordering van de beslaglegger in eerste aanleg wordt afgewezen, kan het beslag worden opgeheven (art. 705 lid 2 Rv), zelfs als hoger beroep is ingesteld (Vzgnr. Rb. Arnhem 26 april 2002, KGK 1634 (KG 2002, afl. 24)). Dit gaat niet op indien partijen anders zijn overeengekomen. Zie bijvoorbeeld Vzgnr. Rb. Den Bosch 2 mei 2002, NJ 2002, 512, waarin de beslagene een bankgarantie had gesteld tot zekerheid van de nakoming van datgene waartoe hij ingevolge *in kracht van gewijsde* gegane rechterlijke uitspraak zou worden veroordeeld.

Vgl. ook Vzgnr. Rb. Rotterdam 11 juli 2002, KG 2002, 195, rov. 3.1 (beslag onverenigbaar met abstracte karakter van verleende bankgarantie en in zoverre onrechtmatig).

beslagvrije voet

Bij loonbeslag geldt een beslagvrije voet. De hoogte van de beslagvrije voet is onder meer afhankelijk van de gezinssituatie van de geëxecuteerde en kan dus veranderen. De vraag rijst of een te laag opgegeven beslagvrije voet met terugwerkende kracht gecorrigeerd dient te worden, indien de geëxecuteerde achteraf alsnog de juiste gegevens voor toepassing van een hogere beslagvrije voet aan de deurwaarder aanlevert. In zijn

uitspraak van 27 februari 2002, Prg. 5857 m.nt. JGK beantwoordt de kantonrechter te Leiden deze vraag bevestigend.

diversen

Uit Rb. Zwolle 19 september 2001, NJ 2002, 252, rov. 6.1-6.6 volgt dat conservatoir beslag door het Openbaar Ministerie tot verhaal van een geldboete niet tevens kan worden begrepen te strekken tot verhaal van een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Naar het oordeel van de rechtbank leiden beginselen van redelijkheid en billijkheid, waarop het OM zich heeft beroepen, niet tot een ander oordeel. De rechtbank acht daarbij van belang dat het aan een aan het OM toe te rekenen omissie te wijten valt dat het boetebeslag niet tijdig is omgezet in een voordeelsbeslag.

In Vzgnr. Rb. Utrecht 24 september 2002, KG 2002, 276 (Hof van Eden/Openbaar Ministerie) vormde de verhouding tussen een strafrechtelijke inbeslagname en een conservatoir derdenbeslag inzet van geschil. Ten laste van Hof van Eden is een aantal dieren in strafrechtelijk beslag genomen. Omdat de kosten van bewaring niet in redelijke verhouding staan tot de waarde van de dieren, is de officier van Justitie voornemens een machtiging tot vervreemding van de dieren af te geven. Hof van Eden legt vervolgens conservatoir beslag onder de Staat. De voorzieningenrechter acht dit in beginsel een gerechtvaardigd middel teneinde als (straf-

rechtelijk) beslagene de aanspraak op teruggaaf van de in beslag genomen dieren veilig te stellen.

BEWIJS

bewijslastverdeling

Uitgangspunt voor de verdeling van de bewijslast is art. 150 Rv. De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Zie voor een toepassing van de hoofdregel bijvoorbeeld HR 21 juni 2002, NJ 2002, 478 (Dijkhuis/Schardijn) m.nt. PV, rov. 3.4-3.5 (afdracht van door gevolmachtigde ontvangen geldbedrag) en HR 12 april 2002, NJ 2002, 411 (Souverijn/Wouters & Van Laatum) m.nt. TK, rov. 3.8 (gelijkwaardigheid van de verrichte arbeid in de zin van art. 119 (oud) EG-Verdrag).

Een uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv vormt de omkeringsregel. In het arrest Dicky Trading II formuleerde de Hoge Raad deze aldus dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK). De toepassing van de omkeringsregel heeft veel vragen opgeroepen. In twee uitspraken van 29 november 2002 geeft de Hoge Raad een toelichting en uitwerking van deze regel. De Hoge Raad merkt in de eerste plaats op dat in de gevallen die door de omkeringsregel bestreken worden op grond van “een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel” een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. Voor het maken van die uitzondering is

alleen plaats “als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending. Voor de toepassing van voormelde regel is dus (...) vereist dat is komen vast te 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, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt”. Daarbij merkt de Hoge Raad op dat het vermoeden van causaal verband “zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt. In HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 (Transport Ferry Services/NS), rov. 3.5.3 leidt dit de Hoge Raad tot het oordeel dat de omkeringsregel niet van toepassing is indien niet duidelijk is wat de toedracht van het ongeval – in casu het lekken van zeer schadelijke stoffen uit een tankcontainer – is. Uit HR 29 november 2002, RvdW 2002, 191 (Kastelijn/gemeente Achtkarspelen), rov. 3.6 volgt dat de omkeringsregel ook geen toepassing vindt indien niet aannemelijk is (gemaakt) dat de gestelde schade het gevolg is van de onrechtmatige daad.

Van de partij die niet de bewijslast draagt kan onder omstandigheden wel verwacht worden dat zij voldoende feitelijke gegevens verstrekt om de wederpartij aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te bieden. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 19 december 2001, NJkort 2002, 8 (Sena/Digi Music), waarin de Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten zich erop beriep dat

Digi Music vergoedingsplichtige muziek draaide.

Zie voor uitzonderingen op de hoofdregel van bewijslastverdeling Hof Leeuwarden 19 december 2001, NJkort 2002, 9, rov. 18 (terhandstelling algemene voorwaarden) en Rb. Arnhem 14 maart 2002, NJkort 2002, 39, rov. 24-25 (bevoordelingsbedoeling van de overleden ‘schenker’).

bewijsaanbod

De feitenrechter is gehouden een bewijsaanbod te leveren door getuigen te honoreren, indien het aanbod terzake dienend en voldoende gespecificeerd is en bovendien tijdig wordt gedaan (vgl. art. 166 lid 1 Rv). Passeert de rechter een bewijsaanbod, dan dient hij zijn beslissing te motiveren. Aan een bewijsaanbod mag niet worden voorbijgegaan op grond van een prognose omtrent het resultaat van de bewijslevering. Ingeval is aangeboden te bewijzen hetgeen in een gesprek is gezegd, mag de rechter daaraan niet voorbijgaan op grond van een interpretatie van de uitlatingen en het verband waarin in dezen gedaan, nu dit neerkomt op een ongeoorloofde prognose omtrent het resultaat van de bewijslevering. De interpretatie van de te bewijzen uitlatingen behoort pas na de bewijslevering plaats te vinden (HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132, rov. 4.1 en 4.2).

De rechter die over een provisionele vordering moet beslissen, is niet gehouden bewijslevering te gelasten. Een provisionele vordering is immers voorlopig van karakter en bindt de rechter in de hoofdzaak niet. Zie HR 29 november 2002, JOL 2002, 642 (X/Hagelunie), rov. 3.1.1.

bewijswaardering

De waardering van bewijs is in beginsel aan de rechter overgelaten. Indien het gaat om de waardering van getuigenbewijs, komt aan de rechter een zeer grote vrijheid toe. Zo hoeft de feitenrechter niet te motiveren waarom hij aan de ene getuigenverklaring wel en aan de andere getuigenverklaring geen geloof hecht (vgl. HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 m.nt. HJS). Uit HR 1 november 2002, RvdW 2002, 177



(Sunmaster/Turenhout), rov. 3.4 en 3.5 blijkt dat de waarderingsvrijheid niet onbegrensd is. In dat geval was het Hof, zonder zelf getuigen te hebben gehoord, tot de slotsom gekomen dat het in eerste aanleg door Sunmaster geleverde bewijs ongenoegzaam was en had het Sunmaster alsnog in de gelegenheid gesteld haar stelling te bewijzen. De Hoge Raad stelt voorop dat “het het Hof op zichzelf vrijstond het bijgebrachte bewijs op andere wijze te waarderen dan de rechtbank had gedaan”. De eisen van een goede rechtspleging brengen echter in een zodanig geval mee dat “het Hof met name met het oog op de nadere bewijslevering waartoe het Sunmaster overeenkomstig haar aanbod had toegelaten in elk geval summier had gemotiveerd waarom het in eerste aanleg geleverde bewijs ontoereikend was en dat het althans enige aanwijzing had gegeven op welke punten Sunmaster nader bewijs zou moeten leveren”.

bewijsmiddelen

Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt (art. 152 lid 1 Rv). Het overleggen van één bewijsstuk kan voldoende zijn om bewijs van een stelling te leveren. Zie HR 28 juni 2002, JOL 2002, 383, rov. 5.2. Zie over de bewijsfunctie van een luchtvrachtbrief HR 19 april 2002, NJ 2002, 412 (Sainath Enterprises/KLM) m.nt. prof. mr. K.F. Haak, rov. 3.5.2.

Op grond van art. 181 lid 1 Rv-oud (art. 154 lid 2 Rv) kan een gerechtelijke erkenning worden herroepen, indien aannemelijk is dat zij door een dwaling niet in vrijheid is afgelegd. Daarvan is geen sprake, indien bewust onjuiste verklaringen zijn opgenomen in de processtukken. Of de advocaat de verklaring buiten medeweten en tegen de zin van zijn cliënt heeft afgelegd, doet naar het oordeel van de Hoge Raad niet terzake (HR 1 februari 2002, NJ 2002, 121 (Boender/Cornelissen c.s.), rov. 3.4).

getuigenbewijs

Op de verplichting om in een civiele procedure te getuigen, bestaan maar weinig uitzonderingen (vgl. art. 165 Rv). In zijn arrest van 7 juni 2002, NJ 2002, 394 (mr. X/Domaro), rov. 3.3 oordeelt de Hoge Raad met nadruk dat het grote belang dat dient te worden gehecht aan de waarheidsvinding, ook meebrengt “dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting als getuige een verklaring af te leggen. Voor het maken van zo’n uitzondering is in elk geval geen plaats in de situatie dat een rechter voor wie een comparitie van partijen is gehouden en die daarvan in strijd met art. 88 lid 3 (19a lid 3 oud) Rv geen proces-verbaal heeft laten opmaken, in het geding in hoger beroep is opgeroepen om als getuige een verklaring af te leggen over hetgeen tijdens die comparitie is voorgevallen”.

De rechter is niet zonder meer gehouden een nieuwe dag voor getuigenverhoor te bepalen indien een getuige niet is verschenen. Op grond van art. 197 Rv-oud (art. 171 Rv) is de rechter hiertoe slechts gehouden indien de getuige bij aangetekende brief is opgeroepen. Is dit niet gebeurd, dan is art. 197 Rv-oud niet van toepassing en dient de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval met inachtneming van de eisen van een behoorlijke rechtspleging te beslissen over de vraag of alsnog gelegenheid tot het horen van getuigen zal worden geboden. Zie HR 15 februari 2002, NJ 2002, 198 (Kizilay/Kijk en Luister), rov. 3.5.

Op grond van art. 165 lid 2 aanhef en sub b Rv kunnen zij die uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht zijn, zich verschonven omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd. De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. In HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 129 (Herengracht 179-197/mr. S.), rov. 4.3.3 was de vraag aan de orde of ook de notaris, die als partijgetuige wordt gehoord, een beroep op zijn verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Naar het oordeel van de Hoge Raad bevat de parlementaire geschiedenis van het nieuwe bewijsrecht “geen aanknopingspunt voor de opvatting dat de wetgever bedoeld heeft dit [hiervoor genoemde] rechtsbeginsel terzijde te stellen of van minder gewicht te achten in het (...) geval dat een (...) vertrouwenspersoon als partijgetuige wordt gehoord”. De uitspraak heeft de nodige kritiek uitgelokt, zie bijvoorbeeld Vranken, WPNR 6510 (2002), pp. 773-779.

Het verschoningsrecht geldt niet ten aanzien van informatie, waarmee – in casu – de advocaat naar buiten is getreden. Dergelijke informatie is immers niet meer vertrouwelijk, aldus Rb. Den Bosch 1 maart 2002, NJ 2002, 513, rov. 2.3-2.4.



In HR 29 november 2002, RvdW 2002, 196, rov. 3.2.2 maakt de Hoge Raad korte metten met de gedachte dat een moslim in verband met het bepaalde in art. 177 lid 2 Rv de eed af zou moeten leggen met zijn hand op de Koran en dat de rechter met het oog hierop gehouden zou zijn te onderzoeken of een getuige aan zijn godsdienstige gezindheid de plicht ontleent de eed, belofte of bevestiging “op andere wijze te doen”.

voorlopige bewijslevering

In HR 13 september 2002, RvdW 2002, 135 (Uiterlinden/Van Zijp), rov. 3.1.3 en 3.2.3 geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag welke eisen aan een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht kunnen worden gesteld. “Een voorlopig deskundigenbericht [kan] mede ertoe (...) dienen een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, beter te kunnen aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld (vgl. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478). Hieruit vloeit voort dat het niet noodzakelijk is dat in het verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht nauwkeurig wordt omschreven in verband met welke – nog in te stellen – vordering(en) dit onderzoek verband zal houden. Voldoende is dat feiten vermeld worden op grond waarvan kan worden beoordeeld waarover een deskundigenbericht moet worden uitgebracht en waarom dit onderzoek met het oog op (de strekking van) de eventueel in te stellen vordering(en) van belang kan zijn. De in artikel 228 lid 2, aanhef en sub a (oud) Rv [art. 203 lid 2, aanhef en sub a Rv] vereiste vermelding van de aard en het beloop van de vordering dient ertoe de rechter in staat te stellen te beoordelen of hij bevoegd is kennis te nemen van het verzoek. Indien een verzoek voldoende concreet en terzake dienend is en feiten bevat die zich lenen voor een onderzoek door een deskundige, zal het moeten worden toegewezen, tenzij de rechter in zijn beslissing te vermelden feiten en omstandigheden aan-

wezig oordeelt op grond waarvan moet worden aangenomen dat toewijzing van het verzoek strijdig is met een goede procesorde of moet afstuiten op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld, bezwaar.” Zie ook rov. 3.2.3 van genoemd arrest over de mogelijkheid de rechter te verzoeken een maximum voor de kosten van het deskundigenbericht te bepalen.

Indien hangende een procedure wordt verzoekt om een voorlopig getuigenverhoor, terwijl inmiddels appèl is ingesteld, dient een verzoek daartoe te worden gedaan aan de appèlrechter, ook wanneer de appèlzaak nog niet ter rolle is ingeschreven. Zie Hof Amsterdam 23 september 1999, NJ 2002, 287, rov. 2.3.

CASSATIE (ZIE RECHTSMIDDELEN)

COLLECTIEVE ACTIE (ZIE PARTIJEN)

COMPETENTIE

absolute competentie

Zoals bekend moet appèl tegen vonnissen van de sector kanton (die onderdeel is van de rechtbank) tegenwoordig worden ingesteld bij het Hof, niet bij de rechtbank. De rechtbank te Arnhem heeft de zaak van 3 oktober 2002, NJ 2002, 586 dan ook terecht naar het Hof verwezen.

onbevoegdverklaring

Slechts van overgangsrechtelijk belang is het arrest HR 22 februari 2002, JOL 2002, 124 over de reikwijdte van art. 157b lid 1 Rv-oud (beroep tegen onterechte bevoegdverklaring slechts bij eindvonnis mogelijk). De bepaling is vervallen, nu elk tussentijds beroep ex art. 337 Rv in beginsel is uitgesloten.

internationale rechtsmacht

Het zal de lezer van het *Advocatenblad* (zie nr. 2002-10, pp. 418 e.v.) niet zijn ontgaan dat het EEX-verdrag sinds 1 maart niet meer van kracht is tussen de EU-lidstaten (met uitzondering van Denemarken). In plaats daarvan is de EEX-verordening gekomen, die overigens in grote lijnen overeenstemt met het EEX-verdrag. De oude rechtspraak blijft dan



ook van belang. De behandeling van de implementatiewet (TK nr. 28 263) ligt helaas sedert medio vorig jaar stil.

In HR 21 juni 2002, NJ 2002, 563 (Spray Network/Telenor Venture) m.nt. PV is een zuivere toepassing van het EVEX aan de orde: als er al een bodemgeschil elders aanhangig is, en de rechter daar bevoegd is, dient in een latere procedure de rechter zich onbevoegd te verklaren ingevolge art. 21 EVEX. Dit geldt ook voor een incasso-kort geding, tenzij art. 24 EVEX van toepassing is, dat echter slechts beperkte reikwijdte heeft (zie HvJEG 17 november 1998, NJ 1999, 339 (Van Uden/Deco-Line)).

Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba 21 december 2001, NJ 2002, 374 (Dowley/Lefoll), rov. 4.6-4.7 betreft een conservatoir beslag op goederen op Sint Maarten ter zake van een vordering tussen Amerikaanse burgers, waar de Amerikaanse rechter bevoegdheid toekwam en die bij uitstrek over Amerikaans recht handelde. De poging om de vordering bij de Antilliaanse rechter in te stellen moest dan ook stranden. Het beroep op het zogenaamde forum arresti (bevoegdheid van de rechter van de plaats waar het beslag is gelegd, art. 635 Rv-NA, vgl. art. 767 Rv) faalde, omdat Dowley verzuimd had de vordering tijdig in de Verenigde Staten aanhangig te maken. Het Gemeenschappelijk Hof overwoog dat het dan niet aangaat om met deze uitzonderingsbepaling (met name bedoeld voor met

de noorderzon verdwenen vreemdelingen) alsnog de vordering aanhangig te maken, nu Dowley bij een andere rechter een uitspraak in de hoofzaak had kunnen krijgen die hier te lande ten uitvoer zou kunnen worden gelegd (weliswaar niet op grond van een verdrag, maar op grond van het commune executierecht). Een geval waar deze bepaling wel toegepast kon worden is Vznr. Rb. Amsterdam 25 juli 2002, KG 2002, 212: een Irakese gedaagde tegen wie niet op andere wijze een executoriale titel was te verkrijgen.

Opmerkelijk is Rb. Den Haag 28 november 2001, NJkort 2002, 1, waar de rechtbank het beroep van een VN-organisatie op immuniteit van jurisdictie in beginsel honoreert, maar een uitzondering creëert voor het geval de wel openstaande rechtsgang niet effectief zou zijn. Het blijft onduidelijk op welke grondslag de rechtbank deze uitzonderingsmogelijkheid aanneemt.

DAGVAARDING

betekening

Ingevolge art. 63 lid 2 Rv, 438a Rv-oud, kunnen exploitanten aangaande procedures betreffende een executie worden gelegd bij de “volgens wettelijk voorschrift gekozen woonplaats”. Onjuist is de uitleg van Vznr. Rb. Utrecht 21 mei 2002, KG 2002, 173, die dit opvat als een woonplaats *krachtens* wettelijk voorschrift, in plaats van wat is bedoeld, de *conform* wettelijk voorschrift gekozen woonplaats. De rechter achtte daardoor ten onrechte de betekening bij de advocaat ongeldig. In de uitleg van de voorzieningenrechter is het woord ‘gekozen’ immers irrelevant; de Parlementaire Geschiedenis noch de literatuur steunt deze opvatting.

dagvaarding of verzoekschrift

Art. 69 Rv, de herstelbepaling voor een procedure die met het verkeerde processtuk is ingeleid, heeft reeds tot jurisprudentie geleid. Een verzoek ex art. 2:221 BW (machtiging bijeenroepen vergadering van aandeelhouders) was abusievelijk met een (kortgeding)dagvaarding ingeleid. De Vznr. Rb. Utrecht 25 maart 2002, KG 2002, 165 overwoog terecht dat de wet geen grondslag

biedt voor het converteren van een dagvaardingsprocedure in een verzoekschriftprocedure. Art. 69 Rv laat slechts verwijzing toe in de stand waarin de zaak zich bevindt. Aldus geschiedde, wat leidde tot een beschikking over het verzochte. Conversie is inderdaad geen verwijzing, al is het eindresultaat gelijk: conversie houdt in dat de zaak van meet af aan als verzoekschriftprocedure wordt aangemerkt (en dan achteraf wellicht niet volgens de geldende regels heeft plaatsgevonden), terwijl na verwijzing ex art. 69 Rv pas vanaf dat moment de regels van de juiste procedure toepasselijk zijn.

gebreken en herstelmogelijkheden

In de vorige kroniek is reeds uitgebreid aandacht besteed aan het herstelexploot. Een ondersoort hiervan is het inschrijvingsherstelexploot, strekkende tot herstel van het verzuim om het exploot tijdig (vóór de eerstdienende dag) in te schrijven. Ingevolge jurisprudentie die thans is neergelegd in art. 125 lid 2 Rv kan dat verzuim worden hersteld door een exploot dat binnen 14 dagen ná de eerstdienende dag moet worden uitgebracht. Het komt voor dat men deze regel, tegen de bedoeling in, wil gebruiken om de eerstdienende dag op te schuiven. Het verraaderlijke is dat dit alleen mogelijk is als men het exploot ná de eerstdienende dag uit-

brengt: indien het vóór de eerstdienende dag wordt uitgebracht is evident dat geen sprake is van herstel van het verzuim van inschrijving en kan het exploot ook niet dat herstel tot gevolg hebben (HR 15 december 2000, NJ 2002, 337 (Grapendaal/Nationale Nederlanden) m.nt. HJS, rov. 3.3). Men hoort de aangezegde rechtsdag niet te kunnen opschuiven, is de gedachte, ook al kan dat in feite wel op de hiervoor geschetste wijze. Deze gedachte is echter weer genuanceerd door HR 4 oktober 2002, RvdW 2002, 157 (Blees/Overes q.q.), rov. 3.3. In deze zaak was het herstelexploot vóór de eerstdienende dag uitgebracht en miste derhalve rechtsgevolg. De eerste dagvaarding werd alsnog, maar te laat, ingeschreven op de rol. Dit leidt tot niet-ontvankelijkheid, tenzij dit met instemming van de wederpartij geschiedt (HR 17 december 1982, NJ 1984, 59). Volgens de Hoge Raad moet deze instemming impliciet worden aangenomen indien de wederpartij verschijnt, tenzij zij uitdrukkelijk mededeelt dat zij niet instemt. De wederpartij zij dus gewaarschuwd!

EISWIJZIGING

Een wijziging van eis in appèl is ingevolge art. 130 lid 3 Rv (134 lid 4 Rv-oud) niet toegestaan ingeval geïntimeerden niet verschijnen. Wat echter als het Hof oordeelt dat geen sprake is van eiswijziging? Uit HR 1 maart 2002, RvdW 2002, 50 (Schneijderberg c.s./Cools), rov. 5.2, blijkt dat geïntimeerden hier dan zelf in cassatie over moeten klagen; een mede-geïntimeerde die niet door de beweerdelijke wijziging wordt geraakt, ontbeert belang.

EXECUTIE

verbod en bevel

In HR 15 februari 2002, NJ 2002, 464 (Jack Daniel's/Kamstra) m.nt. Spoor en Ma, rov. 6.2 en 6.3 was een verbod ook tegen de feitelijk beleidsmaker van de inbreukmakende gedaagde onderneming toegewezen. De Hoge Raad overwoog dat het niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting dat het Hof kennelijk had geoordeeld dat een effectieve rechtsbescherming het noodzakelijk maakte



dat ook voorzieningen tegen de feitelijke beleidsmaker persoonlijk werden getroffen. Een praktisch en begrijpelijk oordeel, dat steun geeft in geval van procedures tegen een netwerk van ondernemingen en personen.

dwangsom

Een juridische valkuil is de korte verjarings-termijn van verbeurde dwangsommen, te weten zes maanden (art. 611g Rv). In Vzng. Rb. Amsterdam 8 mei 2002, KG 2002, 134 was weliswaar tijdig beslag gelegd op onder de notaris verblijvende gelden, wat de verjaring stuitte, maar vergat men binnen zes maanden opnieuw te stuiten. Verjaring was het gevolg.

Een belangrijke uitspraak voor de beoordeling in hoger beroep van een eerder opgelegde dwangsom is HR 31 mei 2002, RvdW 2002, 94 (Telfort/Scaramea), rov. 3.5. Het betrof hier een dwangsom ten aanzien van een gebod tot levering van 5000 telecommunicatiepoorten aan Scaramea. Telfort was van deze veroordeling in appèl gekomen; het Hof gaf haar in zoverre gelijk dat destijds slechts een gebod tot levering van 1656 poorten had moeten worden opgelegd. Het Hof, oordelende in appèl, wijzigde het gebod dan ook dienovereenkomstig doch bekrachtigde het vonnis voor het overige. Fout, zegt de Hoge Raad. Dit komt immers wat betreft de dwangsom er op neer “dat met terugwerkende kracht een dwangsom wordt verbonden aan een andere veroordeling, hetgeen niet alleen in strijd is met de ten dezen vereiste rechtszekerheid maar ook niet strookt met het karakter van de dwangsom als prikkel tot nakoming van de veroordeling”. Formeel gesproken is deze beslissing logisch, materieel is zij minder goed verteerbaar. Ligt het verbod tot het ‘mindere’ immers niet besloten in het verbod tot het ‘meerdere’? Men kan tegenwerpen dat in casu voorstelbaar is dat Telfort er het bijltje bij neergooide omdat zij het aantal van 5000 toch niet kon halen, terwijl zij bij een veroordeling tot 1656 wél haar best zou hebben gedaan. In zoverre is het formalistisch oordeel van de Hoge Raad begrijpelijk; de geciteerde overweging is echter categorisch en laat geen

ruimte voor een nadere beoordeling van het concrete geval. De les is dat eiser het gevraagde ge- of verbod zorgvuldig en voldoende flexibel zal moeten formuleren, waardoor ook het mindere door het meerdere wordt omvat.

Ben.GH 25 juni 2002, RvdW 2002, 119 (Vlaams Gewest/Jeca), rov. 7-18, onderscheidt strikt tussen de termijn (ook wel *terme/délai de grâce* genoemd) die de rechter kan verlenen waarbinnen de veroordeling vrijwillig kan worden nagekomen en de termijn van art. 1 lid 4 Eenvormige Wet (na afloop waarvan eerst een dwangsom zal worden verbeurd). Het eerste is géén species van het tweede: gedurende de *terme de grâce* is het gebod immers niet overtreden, terwijl gedurende de termijn van art. 1 lid 4 het gebod wel wordt overtreden, maar dit niet leidt tot verbeurde van dwangsommen. Het verschil is niet van belang voor de uiteindelijke verbeurde van de dwangsommen; wel kan het van belang zijn voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad (de niet-nakoming van een rechterlijk bevel, ook al is geen dwangsom verbeurd, is immers in beginsel onrechtmatig). Uit de uitspraak blijkt ook dat de termijn van art. 1 lid 4 pas ingaat na betekening van het veroordelend vonnis: een extra reden om het vonnis onverwijld te laten betekenen.

erkenning en tenuitvoerlegging

Inzake de exequatur procedure is te melden het arrest HR 5 april 2002, RvdW 2002, 65 (Lbio/W.), rov. 3.7. Het exequatur van een Oostenrijks alimentatievonnis was geweigerd omdat het tot stand zou zijn gekomen onder schending van het beginsel van hoor en wederhoor, zodat tenuitvoerlegging in strijd met de openbare orde zou zijn. De Hoge Raad casseert omdat betrokkene had verzuimd appèl in te stellen tegen het Oostenrijks vonnis: “Indien aan de wijze van totstandkoming van de beslissing van een buitenlandse rechter toegeschreven tekortkomingen – in dit geval: schending van de motiveringsplicht en schending van het beginsel van hoor en wederhoor – door het aanwenden van een rechtsmiddel hadden kunnen worden hersteld en niet is gebleken

dat de door de beslissing bezwaarde procespartij tot het aanwenden van een rechtsmiddel niet in staat is geweest, kan deze beslissing niet met een beroep op strijd met de openbare orde van erkenning en/of tenuitvoerlegging hier te lande worden uitgesloten.” Voorts bevat de conclusie een lezenswaardige passage over de vraag in hoeverre bij het exequatur Nederlandse motiverings-eisen mogen worden aangelegd; de desbetreffende cassatieklacht bleef in het arrest om processuele redenen buiten beschouwing.

invordering van bestuurlijke dwangsom/kosten bestuursdwang

Over verzet tegen het verhaal van de kosten van bestuursdwang gaat HR 27 september 2002, JOL 2002, 492. In casu werd het verzet gegrond verklaard nu het de gemeente om diverse redenen niet vrij stond tot uitoefening van bestuursdwang over te gaan.

De invordering van een bestuurlijke dwangsom is onderworpen aan een verjaringstermijn van zes maanden (art. 5:35 Awb). Over stuiting is niets geregeld. De Hoge Raad past daarom in HR 28 juni 2002, RvdW 2002, 115 (gemeente Haarlemmermeer/Hashish), rov. 3.4.3-3.4.5, de regeling van art. 3:319 BW analoog toe. In het bijzonder stuit de betekening van een dwangbevel tot invordering de verjaring. De analoge toepassing gaat echter niet zo ver dat dit leidt tot toepassing van de langere verjaringstermijnen van het BW. De eerdere uitspraak van Vzng. Rb. Den Haag 26 april 2002, KG 2002, 130 gaat dan ook ten onrechte uit van een verjaringstermijn van twee jaar voor het dwangbevel.

Over de omvang van de toetsing van de rechter in geval van verzet tegen de invordering van een bestuurlijke dwangsom gaat HR 8 november 2002, NJ 2002, 613 (Walhout/Axel). Uitgangspunt is de juistheid van de dwangsombeschikking; de verzetrechter staat het slechts vrij te beoordelen of al dan niet aan de last is voldaan, en dient daarbij de last naar doel en strekking uit te leggen.

executiegeschil

Dat een bestuurlijke last 'naar doel en strekking' moet worden uitgelegd, is een analoge toepassing van de – in HR 15 november 2002, JOL 2002, 603 nogmaals bevestigde – algemene regel over de beoordeling in een executiegeschil: de rechter moet dan doel en strekking van de veroordeling tot uitgangspunt nemen. De conclusie bij HR 20 december 2002, Co1/119HR, www.jwb.nl, Jurisprudentie @ctueel 2002-473 (Greenpeace/NAM) bevestigt dit, en bevat verder behartenswaardige overwegingen over de precieze manier waarop de rechter het verbod zou moeten uitleggen. Zie voorts HR 5 april 2002, RvdW 2002, 66 (Euromedica/Merck), rov. 3.4.1 ten aanzien van de reikwijdte van een in algemene termen vervat verbod: dit kan zich ook uitstrekken tot "toekomstige handelingen, met dien verstande evenwel dat voorzover het betreft toekomstige handelingen, als maatstaf heeft

te gelden dat de draagwijdte van het verbod beperkt is te achten tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren".

Als niet de interpretatie, maar de juistheid van het verbod ter discussie staat, geldt als vaste regel dat moet blijken dat de te executeren uitspraak berust op een feitelijke of juridische misslag: vergelijk opnieuw (de conclusie voor) HR 6 december 2002, JOL 2002, 668. In Hof Den Bosch 20 november 2001, KG 2002, 79 was niet gesteld dat sprake was van een dergelijk misslag en moest dan ook het verzoek tot schorsing van een vonnis (uit 1990!) omtrent de uitwinning van een borg. De borgstelling was weliswaar ex art. 1:88 BW buitengerechtelijk vernietigd, maar daar kan op zichzelf niet uit worden afgeleid dat deze vernietiging stand zal

houden, en een bodemprocedure was niet in gang gezet.

Twee executiegeschillen over ontruiming van een huurwoning. In Pres. Rb. Haarlem 9 oktober 2001, Prg. 5853 werd de schorsing bevolen wegens een aanstaande bevalling. In Pres. Rb. Amsterdam 30 oktober 2001, Prg. 5835 werd de executie van het ontruimingsvonnis onrechtmatig bevonden nu de huurvordering volledig was betaald (zij het te laat), en de deurwaarder in zijn aankondiging niet als sanctie op te late betaling het alsnog voltrekken van de ontruiming had genoemd. Een juiste en volledige instructie aan de deurwaarder zou een dergelijke situatie moeten voorkomen. ●

(advertentie)



VAN EDE & PARTNERS

PERSONEEL ONTWIKKELING EN INZETBAARHEID

toonaangevend in
OUTPLACEMENT
COACHING
LOOPBAANBEGELEIDING

Amsterdam 020 673 40 39, Arnhem 026 364 41 11, Eindhoven 0512 473 300, Eindhoven 076 565 65 09,
 Enschede 090 245 72 20, Eindhoven 053 433 80 21, Groningen 050 312 34 85, Den Haag 070 351 40 11,
 Maastricht 063 325 76 51, Rotterdam 010 412 00 22, Zeist 050 693 24 46, Zwolle 058 421 02 88.

www.vanede.nl

Een college met gezag

Dennis Horeman en Simon Veling
studenten rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden.

In twee arresten¹ van eind 2002 heeft de Hoge Raad uiteengezet onder welke voorwaarden bij onrechtmatige daad en wanprestatie de bewijslast bij het bewijs van causaal verband wordt omgekeerd. Simon Veling en Dennis Horeman schetsen de ontwikkeling van deze omkeringsregel, bespreken deze arresten, plaatsen enkele kanttekeningen en hopen dat er nu wat minder vaak naar de tactiek van 'Niet geschoten is altijd mis' zal worden gegrepen.



In het Dicky Trading II-arrest² maakte de Hoge Raad voor het eerst in algemene bewoordingen melding van de omkeringsregel³ bij het bewijs van causaal verband. In 2001 verzuchtte Vranken 'dat er nog hectoliters drukinkt nodig zijn om de betekenis en reikwijdte van de omkeringsregel in al zijn aspecten en technische details te bepalen'.⁴ Lange tijd liet de Hoge Raad na helderheid te verschaffen. Toch is de omkeringsregel intussen bekend terrein geworden voor advocaten. Iedere advocaat die tegen een causaliteitsprobleem aanloopt moet er haast wel

een beroep op doen, aldus Akkermans. 'Laat hij het na, dan loopt hij kans zich schuldig te maken aan een beroepsfout. Niet geschoten is altijd mis'.⁵

In een poging verdere duidelijkheid te verschaffen gaf de Hoge Raad in de twee recent gewezen arresten die in dit artikel centraal staan een 'college omkeringsregel', een college met gezag. Het bijzondere van deze arresten ligt hierin, dat de Hoge Raad uitgebreider dan gebruikelijk aanvangt met een uiteenzetting over de omkeringsregel, en zich niet lijkt te beperken tot een beslis-

sing die enkel is toegespitst op de voorliggende gevallen. De teneur van het college is duidelijk: men moet van goeden huize komen, wil men een geslaagd beroep doen op de omkeringsregel.

ONTWIKKELING

Omkering van de bewijslast bij het bewijs van causaal verband is al tientallen jaren gebruikelijk bij schendingen van verkeers- en veiligheidsnormen. De ontwikkeling van de omkeringsregel nam een hoge vlucht vanaf 1996, het jaar waarin het geruchtma-

kende Dicky Trading II-arrest⁶ werd gezien. Hierin werd de omkeringsregel voor het eerst in algemene termen geformuleerd: '(...) dat indien (...) door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan'.⁷ Het arrest zorgde voor verwarring: men wist niet zeker of de Hoge Raad daadwerkelijk die grote stap had willen zetten, die het leek te zijn.

De onzekerheid werd gevoed doordat nog in hetzelfde jaar het arrest Beurskens/Notarissen⁸ werd gewezen, waarin met geen woord werd gerept van de toen recent geïntroduceerde regel, terwijl dat op het oog zeer wel had gekund. Akkermans acht Beurskens/Notarissen niet verenigbaar met Dicky Trading II.⁹

Ondanks de vele kritische geluiden bevestigde de Hoge Raad de omkeringsregel nadien nog regelmatig. Een van de bekendste arresten waarin de omkeringsregel van toepassing werd geacht is Sint Willibrord.¹⁰ Het ging in dit arrest om een vrijwillig opgenomen psychiatrisch patiënt, die midden in de nacht dronken naar de psychiatrische inrichting Sint Willibrord was gekomen. Even later stond hij er echter op om terug te keren naar zijn hotel. De verplegers lieten hem – zonder een psychiater te consulteren – vertrekken. De patiënt stak onderweg een huis in brand. Het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de verplegers (het niet-inschakelen van een psychiater) en de brandschade werd met behulp van de omkeringsregel aangenomen.

Sint Willibrord veroorzaakte onrust. Verscheidene schrijvers¹¹ vroegen zich af of de regel niet te ruim werd genomen. Had de omkeringsregel niet een veel te groot bereik? Even later werd echter alweer een nieuw, belangwekkend arrest gewezen (Ter Hofte/Oude Monnik),¹² waarin de Hoge Raad de omkeringsregel verrassend restric-

tief interpreteerde. Het betrof een slecht uitgevoerde reparatie aan de oliekoeler van een motor. Olie lekte op de achterband, de motorrijder kwam ten val en stelde de reparateur aansprakelijk. Deze betwistte dat de hoeveelheid olie die op de achterband zat, slipgevaar zou opleveren en bovendien, dat de oorzaak van de val een slippartij was. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand, dat voor de toepassing van de omkeringsregel is vereist, dat een risico in het leven is geroepen, hetgeen in dit geval zou betekenen dat er een *aanzienlijke* hoeveelheid olie op de achterband moest zijn gelekt. Bovendien blijkt uit de uitspraak van het hof, dat betwijfeld kon worden dat een slippartij, en niet een stuurfout, de val veroorzaakte. Het risico moet, kortom, *reëel* zijn en *dat* risico moet zich hebben verwezenlijkt. Aan deze constitutieve voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel was niet voldaan. Ter Hofte/Oude Monnik vormde zo, in de woorden van Hartlief, een 'in potentie (...) belangrijke relativisering van de betekenis van de omkeringsregel'.¹³

DE TWEE CASUS

De reden voor de uitvoerige uiteenzetting in de arresten van 29 november 2002, die hier centraal staan, lag in het verschaffen van duidelijkheid over de omkeringsregel. De aanleiding vormden twee gevallen, waarin in cassatie een expliciet beroep was gedaan op de omkeringsregel. Hier volgt een korte weergave van de feiten in beide zaken.

In de zaak *Ferries/NS c.s.* werd een ten onrechte niet-gekeurde tankcontainer afgeleverd op het terrein van The Transport Ferry Service Nederland B.V. (verder: TFS). De container bevatte giftige vloeistoffen en begon bij het afladen te lekken. De kosten voor de bodemsanering werden door de gemeente Rotterdam op TFS verhaald. TFS stelde vervolgens de Nederlandse Spoorwegen c.s. aansprakelijk. De vraag was, of de container gebrekkig was. Het hof stelde vast, dat er voldoende aanwijzingen waren om aan te nemen dat de container deugdelijk was. Dat de container niet tijdig was gekeurd, kon geen reden zijn de omkeringsregel toe te passen.



De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. TFS is er niet in geslaagd te bewijzen dat de container al voordat deze het terrein op kwam, ondeugdelijk was. Daarom staat het niet vast dat het risico dat het achterwege blijven van de keuring oplevert (het onopgemerkt blijven van een defect) zich heeft verwezenlijkt. Geen toepassing van de omkeringsregel dus.

In de zaak *Kastelijn /Gemeente Achtkarspelen* had Kastelijn, een veeboer, bij de gemeente een Hinderwetvergunning aangevraagd om zijn bedrijf te kunnen wijzigen. De gemeente weigerde dit, maar moest hier na een langdurige beroepsprocedure op terugkomen. Kastelijn stelde daarop de gemeente aansprakelijk voor de geleden schade, voornamelijk inkomensschade. Hij stelt dat de geleden schade het gevolg is van de onjuiste beslissing van de gemeente. In de schadestaatprocedure verweert de gemeente zich door te stellen dat Kastelijn de benodigde financiering ook met een juiste beslissing van de gemeente niet rond zou hebben kunnen krijgen. Kastelijn slaagt niet in het hem opgedragen bewijs dat de financiering zonder de aanvankelijke weigering van de vergunning wél zou zijn gelukt en zijn eis wordt afgewezen.

De laedens moet het tegenbewijs leveren, waaraan de HR lichte eisen stelt

De Hoge Raad liet ook dit oordeel in stand. Volgens P-G Hartkamp, die overeenkomstig had geconcludeerd, stond niet vast dat het risico dat door het weigeren van de vergunning in het leven is geroepen, zich had verwezenlijkt.¹⁴

HEEL HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT?

Schijnbaar terloops merkt de Hoge Raad op dat de omkeringsregel een regel is 'waarvan de toepassing niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen'. Hoewel in verschillende arresten in algemene termen van de omkeringsregel was gesproken, was dit tot nu toe nog nimmer geëxpliciteerd. De regel lijkt dus in beginsel te gelden voor het gehele aansprakelijkheidsrecht. Toch wordt ook weer niet met zoveel woorden gezegd dat de omkeringsregel geldt voor het gehele aansprakelijkheidsrecht. De Hoge Raad is voorzichtig, en houdt een slag om de arm: voorlopig geen beperking, maar die zou er nog best eens kunnen komen.

ALEEN CSQN-VERBAND

Kort na de introductie van de algemene omkeringsregel bestond over de term 'causaal verband' nogal wat onduidelijkheid. Gevreesd werd dat na toepassing van de omkeringsregel het in beginsel vaststaande causaal verband tot in de verste verten zou reiken.¹⁵ Wellicht zou niet alleen het voor de vestiging benodigde *condicio sine qua non*-verband door de omkeringsregel kunnen worden aangenomen, maar zou ook de toerekening door de omkeringsregel worden beheerst. Onder anderen Van Swaaij en Tjong Tjin Tai menen, dat de omkeringsregel slechts ziet op het *condicio sine qua non*-verband.¹⁶ De schade moet voorts nog in juridische zin aan de laedens kunnen worden toegerekend, maar daar heeft de omkeringsregel niets meer mee van doen.

De werking van de omkeringsregel beperkt zich inderdaad tot het *condicio sine qua non*-verband, zo stelt de Hoge Raad

thans buiten twijfel. Hiermee wordt een tamelijk voor de hand liggende, maar belangrijke beperking van de omkeringsregel opgehelderd. Literatuur en Hoge Raad vinden elkaar op dit punt.

AANNEMELIJK MAKEN

Moet de laedens na toepassing van de omkeringsregel bewijzen dat de schade ook zonder zijn wanprestatie of onrechtmatige daad zou zijn ontstaan? Met andere woorden, moet hij het tegendeel bewijzen? Of moet de laedens slechts tegenbewijs leveren? Wanneer tegendeelbewijs wordt verlangd heeft de aangesprokene het aanzienlijk moeilijker dan wanneer hij slechts aanwijzingen moet verschaffen dat het waarschijnlijk is, dat de schade ook zonder de normschending zou zijn ingetreden.

De omkeringsregel lijkt van de laedens bewijs van het tegendeel te verlangen. Hij moet immers 'bewijzen dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan'. Bovendien heeft de Hoge Raad wel over bewijs van het tegendeel gesproken.¹⁷ In de annotaties bij de bekende arresten Gouda/Lutz¹⁸ en Sint Willibrord¹⁹ is opgemerkt dat de eisen die aan het tegenbewijs worden gesteld, zeer zwaar zijn. Kaandorp heeft erop gewezen dat het in feite onmogelijk is te bewijzen dat de schade ook zou zijn ingetreden zonder de normschending, daar het een hypothetische situatie betreft.²⁰

De Hoge Raad beslist in *Ferries/NS c.s.* en *Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen* nadrukkelijk ten gunste van het tegenbewijs, zij het dat daaraan lichte eisen worden gesteld. Er wordt bepaald dat het causaal verband kan worden aangenomen: 'tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.'

VERBAND NORM EN SCHADE

'Voor het maken van de (...) uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot'.²¹ Dit is een belangrijke passage in het college van de Hoge Raad, omdat hij nog niet eerder uitdrukkelijk had gemeld dat het moet gaan om schending van een norm die beoogt te beschermen tegen het in het leven geroepen risico. Deze regel kan worden gezien als een voortzetting van eerdere jurisprudentie waarin de Hoge Raad zijn regel restrictief uitlegt, ingezet in *Ter Hofte/Oude Monnik*.

Overigens heerst hierover in de literatuur al enige tijd min of meer consensus. Zo wees Hartlief erop dat bij een bepaald type onrechtmatige daad of wanprestatie, bepaalde typische gevolgen passen.²² Akkermans meent dat voor toepassing van de omkeringsregel vereist is 'dat de geschonden norm ten minste in het betreffende geval de strekking had om tegen het verwezenlijkte risico te beschermen'.²³ Daarmee zal men het eens kunnen zijn: zou dit niet het geval zijn, dan zou elke normschending een doos van Pandora met schades openen, waarvan de aangesprokene moet aantonen er niet de veroorzaker van te zijn.

Hoe eensgezind rechtsgeleerd Nederland hierover thans ook is, overbodig is de passage geenszins. Het lijkt er namelijk op dat de Hoge Raad in eerdere rechtspraak minder strenge voorwaarden verbond aan toepassing van de omkeringsregel. Zou de omkeringsregel bijvoorbeeld in een casus als in het *Sint Willibrord*-arrest weer worden toegepast?²⁴ Zoals al gezegd betrof het in dit arrest een vrijwillig opgenomen psychiatrisch patiënt, die midden in de nacht dronken naar de psychiatrische inrichting *Sint Willibrord* was gekomen. Bovendien was de man suïcidaal en gedroeg hij zich agressief. Na een tijdje stond hij erop om terug te gaan naar zijn hotel. De verplegers lieten hem – zonder een psychiater te consulteren – vertrekken, waarmee zij in strijd met het beleid handelden. De patiënt stak onderweg een

huis in brand. Het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de verplegers (het niet-inschakelen van een psychiater) en de brandschade werd met behulp van de omkeringsregel aangenomen. Het ligt naar onze mening niet voor de hand de brandstichting te betitelen als de verwezenlijking van het *specifieke*, door de normschending aanmerkelijk vergrote risico. Het lijkt dus onwaarschijnlijk, dat in een geval als Sint Willibrord weer tot toepassing van de omkeringsregel zou worden besloten.

Deze conclusie zou anders kunnen luiden wanneer aangenomen mag worden dat het hier een zuivere schending van een veiligheidsnorm betrof, waarvoor wel het een en ander te zeggen is. Dit behoeft enige toelichting. Zoals gezegd gold de omkeringsregel al lange tijd bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Sinds de introductie van de algemene omkeringsregel is de Hoge Raad de regel restrictiever gaan toepassen, en met de arresten die de aanleiding vormden tot dit artikel is het toepassingsgebied er niet ruimer op geworden. Aangenomen werd tot nu toe, dat bij overtreding van verkeers- en veiligheidsvoorschriften een ruime toepassing wordt gegeven aan de omkeringsregel. De vraag rijst of de verkeers- en veiligheidsnormen hun speciale positie zijn kwijtgeraakt. Hoe verhoudt zich de eis van een geschonden norm die ertoe 'streckt een *specifiek* gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen', tot normschendingen waarbij een algemeen gevaar in het leven wordt geroepen, zoals bijvoorbeeld bij verkeersovertredingen?

Wij gaan er van uit, dat bij verkeers- en veiligheidsnormen die de strekking hebben algemene, ruime gevaren te voorkomen de lat minder hoog zal blijven liggen, gelijk voor die gevallen ook al gold vóór de algemene omkeringsregel. Wanneer die veronderstelling juist is, is de omkeringsregel misschien niet beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen, zoals de Hoge Raad het uitdrukte, maar geldt voor verkeers- en veiligheidsnormen niettemin een soepeler regime.

Wij menen dat de term 'specifiek' verwarring kan opleveren, en dus niet handig is gekozen. Men zou kunnen denken dat nor-

Bij verkeers- en veiligheidsnormen die algemene, ruime gevaren beogen te voorkomen zal de lat minder hoog blijven liggen

men die ertoe strekken algemene gevaren te voorkomen, nu buiten het bereik van de omkeringsregel vallen.

RECHTVAARDIGING

Opvallend is dat de Hoge Raad vóór beide recente arresten nooit een rechtvaardiging heeft gegeven voor de omkeringsregel. Wel is hierover veel geschreven. De belangrijkste rechtvaardiging wordt doorgaans gevonden in slachtofferbescherming. Bij een gegeven normschending is het de gelaedeerde die bij bewijsnood tegemoetgekomen dient te worden. Deze mening zijn ook Bakels en Vranken²⁵ toegedaan. Zij benadrukken daarbij echter dat het moet gaan om 'het laatste restje causaliteitsonzekerheid', dat voor risico moet komen van degene die zich onjuist heeft gedragen. Door Akkermans²⁶ en Giesen²⁷ is aangevoerd dat de rechtvaardiging van de omkeringsregel vooral gelegen is in het bewaken van de effectiviteit van de geschonden norm. Door de gelaedeerde tegemoet te komen, kan de normschender gemakkelijker met succes worden aangesproken, hetgeen de effectiviteit van de norm ten goede komt.

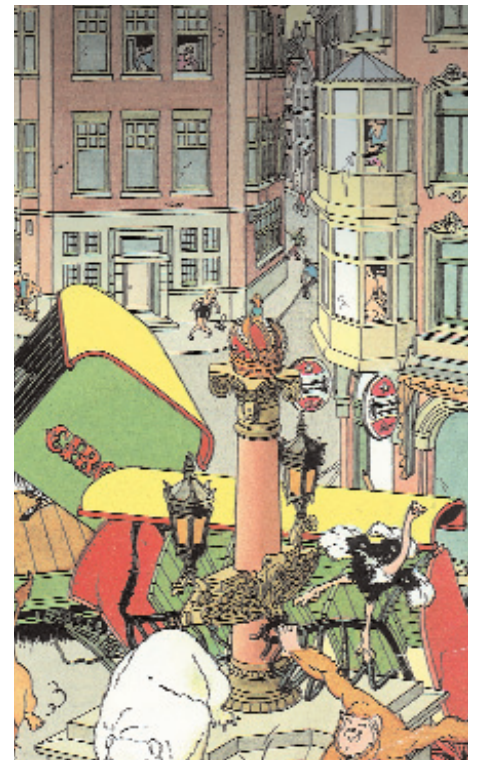
De Hoge Raad geeft nu voor het eerst een (begin van een) rechtvaardiging voor de omkeringsregel: 'Voor het maken van de bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van de normschending'. Wanneer een norm is geschonden die er juist voor bedoeld is te beschermen tegen een risico, en dát risico verwezen-

lijkt zich, is het *redelijk* in beginsel causaal verband aan te nemen.

Over de grondslag van de regel meldt de Hoge Raad voor het eerst dat de omkeringsregel een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv is.

FEITENWERK

Door de omkeringsregel is de vrijheid van de feitenrechter met betrekking tot de waardering van het bewijs ingeperkt. Hij moet immers de omkeringsregel toepassen. Toch blijft het echte feitenwerk een zaak van de feitenrechter. Uit het arrest Ferries/NS c.s. blijkt wederom dat de Hoge Raad een nauwkeurig onderscheid maakt tussen enerzijds cassatiemiddelen die tegen onjuiste toepassing van de omkeringsregel zijn gericht, en anderzijds middelen die gericht zijn tegen de waardering van feiten op grond waarvan de feitenrechter al dan niet de omkeringsregel toepast (bijvoorbeeld het bestaan van een



Bij het missen van toekomstig voordeel zal de omkeringsregel niet snel worden toegepast

als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging). De eerste categorie vormt wel een cassabele klacht²⁸, de tweede niet²⁹. Wel kan het uiteraard zo zijn, dat beslissingen met betrekking tot het bestaan van feiten die beslissend zijn voor toepassing van de omkeringsregel, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd zijn. In die gevallen is cassatie wel mogelijk.

SCHADE, CAUSALITEIT EN BLOEMBERGEN

Het arrest Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen vertoont overeenkomsten met het al eerdergenoemde arrest Beurskens/Notarissen. In laatstgenoemd arrest ging het om een notaris die had verzuimd om tijdig verlenging van een pachtovereenkomst aan te vragen. Voor de schade die hiervan het gevolg was, werd hij aansprakelijk gesteld. Door het Hof werd overwogen dat het onvoldoende waarschijnlijk was dat de pacht zou zijn verlengd wanneer het verzoek wel tijdig zou zijn gedaan. De omkeringsregel werd niet van toepassing geacht. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand.

Volgens Klaassen³⁰ kwam de omkeringsregel in Beurskens/Notarissen niet voor toepassing in aanmerking, omdat het nog maar de vraag was of door de fout van de notaris ook daadwerkelijk schade was ontstaan. Dit in tegenstelling tot gevallen, zoals Dicky Trading II, waar het schaderisico zich al wel had verwezenlijkt. Het aldus gemaakte onderscheid tussen causaliteit en schade betitelt Akkermans als kunstmatig. Volgens hem zijn schade en causaliteit in gevallen als deze tot op grote hoogte inwisselbaar; schade is een causaal begrip.³¹ Er zijn twee manieren om tegen dit geval aan te kijken: (1) er is geen schade, want de verlenging had anders ook niet plaatsgevonden, of (2) het causaal verband ontbreekt, omdat andere factoren dan het verzuim van de notaris, een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de schade. Beide acht hij juist, maar de eerste zou aan toepassing van de omkeringsregel in de weg

staan, nu aan het vereiste van schade niet is voldaan.

Er ontstaat een dilemma: schade en causaal verband zouden inwisselbare begrippen zijn, maar voor het aannemen van het laatste (door middel van toepassing van de omkeringsregel) is het vaststaan van het eerste vereist. Dit zou een welhaast wiskundige ondermijning van de omkeringsregel inhouden. In (de bewerking van) zijn oratie is door Akkermans hierover het nodige gezegd.³² Dit verdient aandacht in de literatuur. Wij beperken ons verder tot twee kanttekeningen.

Ten eerste moet worden opgemerkt dat het uiteraard onmogelijk is om van de degene die zich op de omkeringsregel beroept, te verlangen dat hij zijn schade voor de volle honderd procent bewijst. De situatie waarin de normschending niet zou hebben plaatsgevonden is immers noodzakelijkerwijs een hypothetische. Men zou kunnen stellen dat niet alleen het laatste restje causaliteitsonzekerheid door de omkeringsregel wordt weggenomen, maar ook het laatste restje onzekerheid over het bestaan van schade. In deze richting wijst ook de opvatting van Bakels, dat de schade weliswaar bewezen moet worden, maar daarvoor volstaat dat die schade 'voldoende aannemelijk' wordt gemaakt.³³

Ten slotte: noch in Beurskens/Notarissen, noch in Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen werd de omkeringsregel toegepast. Beide gevallen hadden een hoog hypothetisch gehalte; de opgevoerde schade bestond vooral in het missen van een voordeel. Hierin ligt een parallel. Reeds lang voordat de algemene omkeringsregel bestond (1965), schreef Bloembergen: 'Dit gezichtspunt [het hypothetisch zijn van de situatie waarin de normschending niet had plaatsgevonden, SV&DH] heeft in de gewone gevallen van verlies en zaaksbeschadiging doorgaans praktisch niets te betekenen, omdat de hypothetische toestand niet verschilt van de werkelijke toestand van vóór de onrechtmatige daad (...).

Anders is het als de schade bestaat in het missen van een voordeel, dat men zonder de onrechtmatige daad verworven zou hebben (...). Hier gaan we er juist van uit, dat de toestand niet stationair gebleven zou zijn.³⁴ In de beide arresten was de schade voornamelijk gelegen in gemist voordeel. Nu moeilijk te voorspellen (en dus te bewijzen) is, hoe de situatie zich zonder normschending zou hebben ontwikkeld, kan in gevallen als deze niet worden gezegd dat enkel het laatste restje onzekerheid wordt weggenomen. Wellicht zal daarom de omkeringsregel minder snel worden toegepast.

STRENGE VOORWAARDEN

De kritiek die loskwam na de introductie van de algemene omkeringsregel in Dicky Trading II heeft de Hoge Raad genoopt tot verdere invulling van de regel. De arresten van 29 november 2002 bevatten geen wereldschokkende nieuwe inzichten, maar vooral de bevestiging van een aantal reeds in de literatuur heersende opvattingen. De teneur van de algemene uiteenzetting is duidelijk: men moet van goeden huize komen om een geslaagd beroep op de omkeringsregel te doen. De voorwaarden zijn tamelijk streng en worden nauwkeurig getoetst.

Het blijft bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen bovendien de vraag hoe nauw het verband tussen norm en het 'specifieke' gevaar ter zake van het ontstaan van schade moet zijn. Wij menen, dat het vereiste verband bij deze normschendingen minder nauw zal blijven dan bij andere. Een nadere uitleg hierover in een volgend arrest kan geen kwaad. In het arrest Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen zien wij een aanwijzing dat in gevallen waarin de vermeende schade bestaat in het missen van toekomstig voordeel en het bewijs van schade daardoor moeilijk is, de omkeringsregel niet snel zal worden toegepast.

De duidelijkheid die de Hoge Raad heeft verschafte is waardevol. De praktijk had duidelijk behoefte aan zekerheid. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat partijen met het college van de Hoge Raad hun kansen iets beter kunnen inschatten. 'Niet geschoten is altijd mis' – hopelijk zal die tactiek nu in populariteit afnemen

NOTEN

- 1 HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 (Ferries/NS c.s.) en RvdW 2002, 191 (Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen). De conclusies van P-G Hartkamp (alsmede de arresten) zijn te vinden op www.rechtspraak.nl. De zaaknummers zijn Co0/298 HR en Co1/071 HR. P-G Hartkamp geeft in zijn conclusie bij het arrest van 17 januari 2003, Co1/270 HR (Ace Insurance en Nationale Nederlanden/Fino Bewaking) (nog niet gepubliceerd), onder 13 en 14, nog enig commentaar, dat hier niet meer uitgebreid kon worden meegenomen.
- 2 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II) (m.nt. WMK).
- 3 Over de term 'omkeringsregel': wij blijven die gewoon gebruiken. De kritiek dat ten onrechte van een *regel* wordt gesproken, omdat het juist om een *uitzondering* gaat (zie bijvoorbeeld de conclusie van P-G Hartkamp voor Ferries/NS c.s. onder 9 en vergelijk het gebruik van aanhalingstekens door de Hoge Raad in het begin van r.o. 3.5.3 van dit arrest respectievelijk 3.6 in Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen) vinden wij niet zinvol. Regel betekent hier *regeling*, in de zin van 'wijze waarop iets geregeld is'. Regel wordt hier niet gebruikt in de betekenis van het tegenovergestelde van uitzondering.
- 4 Noot onder HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick) (m.nt. JBMV) onder 15.
- 5 A. J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom 2002, p. 4.
- 6 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II) (m.nt. WMK).
- 7 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II) (m.nt. WMK), r.o. 3.5.1.
- 8 HR 20 september 1996, NJ 1996, 747.
- 9 Akkermans, a.w. p. 27.
- 10 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (m.nt. CJHB). Verderop in deze bijdrage komen we op dit arrest terug.
- 11 Onder wie C.E. Drion, die vreesde voor 'Haagse toestanden'. C.E. Drion, Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2000, p. 1956.
- 12 HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (m.nt. JBMV).
- 13 Zie hierover T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel', *AA* 2001, p. 458.
- 14 Overigens lijkt dit geval op Beurskens/Notarissen; zie hierover verderop in het artikel.
- 15 C.E. Drion, Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2000, p. 1956.
- 16 S. van Swaaij en E. Tjong Tjin Tai, Geen Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2001, p. 394.
- 17 Zie HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 (m.nt. MMM), onder 3.4. Zie echter ook daarvoor onder 3.3.2., waar de standaardformulering van de omkeringsregel wordt gebezigd.
- 18 HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (m.nt. HJS).
- 19 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (m. nt. CJHB).
- 20 Dimitri Kaandorp, De omkeringsregel(s), *AA* 2001, p. 841.
- 21 R.o. 3.5.3 van Ferries/NS c.s. Overigens staat in r.o. 3.6 van X/Gemeente Achtkarspelen hetzelfde te lezen, maar daar is – de reden hiervoor is onduidelijk – in plaats van 'aanmerkelijk', 'in aanmerkelijke mate' gebruikt.
- 22 T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel', *AA* 2001, p. 458.
- 23 Akkermans, a.w. p. 86.
- 24 Hierbij zij opgemerkt dat de cassatiemiddelen in dit arrest de Hoge Raad niet noodzaakten, zich uitdrukkelijk uit te laten over de vereisten voor toepassing van de omkeringsregel.
- 25 Zie resp. de conclusie voor en de noot onder HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick) (m.nt. JBMV).
- 26 Akkermans, a.w. p. 10.
- 27 I. Giesen, Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en de 'omkeringsregel', *AV&S* 2001, p. 154.
- 28 Vergelijk HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz) (m.nt. HJS), r.o. 3.4.1-3.4.2, waarin gecasseerd werd omdat het Hof ten onrechte de omkeringsregel niet had toegepast.
- 29 Vergelijk HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick) (m.nt. JBMV), r.o. 3.9.
- 30 C.J.M. Klaassen, in haar noot bij HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778, *AV&V* 1998, p. 147.
- 31 Akkermans, a.w. pp. 27-30 met een beroep op A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 12.
- 32 Akkermans, a.w. Zie voornamelijk hoofdstuk 4 en de consequenties die hieruit in hoofdstuk 14 worden getrokken. Akkermans stelt voor de toepassing van de omkeringsregel afhankelijk te maken van een aantal gezichtspunten, waaronder voornamelijk het verband tussen norm en risico en het feitelijke vermoeden van causaliteit. Deze laatste voorwaarde wordt volgens Hartkamp door de Hoge Raad niet gevolgd. Zie de conclusie van P-G Hartkamp bij het arrest van 17 januari 2003, Co1/270 HR (Ace Insurance en Nationale Nederlanden/Fino Bewaking) (nog niet gepubliceerd), onder 13.
- 33 Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick) (m.nt. JBMV), onder 2.13. Vergelijk echter Asser/Hartkamp 4-I, nr. 434C.
- 34 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 14.

(advertentie)



THE LAST WORD IS STYLE

JURIDISCH VERTALEN EN TOLKEN

Vertalingen (ook beëdigde) in alle gangbare talencombinaties.
Tolksistentie bij rechtszaken en arbitrages, congressen en seminars,
inclusief geluidstechniek en cabines.

<p>Pinstripe Translation Services Tel. 010 465 19 35 Fax 010 465 18 93 E mail info@pinstripe.nl</p>	<p>Statensingel 198b 3039 LM Rotterdam Website www.pinstripe.nl</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk
advocaat te Den Haag

De Hoge Raad besliste midden januari dat het onder het regime van de nieuwe EG-betekenningsverordening niet voldoende is om een dagvaarding uit te brengen aan het kantoor van de procureur bij wie de verweerder in de vorige instantie woonplaats heeft gekozen. De dagvaarding moet ook naar het buitenland worden verzonden. Een bijdrage over de praktische gevolgen van deze uitspraak.

Invloed van Europese Betekenningsverordening

Betekening van dagvaardingen bij procureur in vorige instantie

Een dagvaarding voor het doen van verzet of het instellen van hoger beroep dan wel beroep in cassatie kan, zoals bekend, ook worden uitgebracht aan het kantoor van de advocaat, procureur of deurwaarder waar de verweerder laatstelijk terzake woonplaats heeft gekozen. Art. 63 Rv regelt deze wijze van betekening, kortweg aan te duiden als betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats.

De Hoge Raad heeft op 17 januari 2003 een arrest gewezen dat belangrijk is in verband met het betekenen van verzet-, appèl- en cassatiedagvaardingen onder het regime van de EG-betekenningsverordening (Pb EG L 160 van 30 juni 2000, p. 37).¹ De EG-betekenningsverordening is van toepassing wanneer de op te roepen verweerder zijn woonplaats of werkelijk verblijf heeft in een - vanuit Nederland geregeneerd - andere lidstaat van de Europese Unie (met uitzondering van Denemarken). Het arrest is gewezen naar aanleiding van een geval waarin een cassatiedagvaarding (uitsluitend) was uitgebracht aan het kantoor van de procureur bij wie de verweerder in de vorige instantie woonplaats had gekozen. De Hoge Raad heeft thans beslist dat dat niet voldoende is. Binnen twee weken na de betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats dient een aanvang te worden gemaakt met de betekening met inachtneming van de voorschriften van de EG-betekenningsverordening. Die aanvang houdt in dat een deurwaarder in Nederland de dagvaarding verzendt naar de ontvangende instantie in de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats of werkelijk verblijf heeft met het verzoek de dagvaarding aan de verweerder te laten betekenen.

Deze beslissing schept duidelijkheid omtrent de bepaling van art. 56 lid 3 Rv. Op grond van deze bepaling is voor de vraag of de dagvaarding binnen de verzet-, appèl- of cassatietermijn is uitgebracht, beslissend de datum van de betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats, 'mits de deurwaarder tevens een afschrift van de dagvaarding' aan de ontvangende instantie in het buitenland zendt. Onduidelijk was binnen welke termijn die verzending plaats moet vinden. Thans staat dus vast dat die verzending binnen twee weken moet geschieden te rekenen vanaf de datum van betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats. Als bijvoorbeeld op de laatste dag van de appèltermijn wordt betekend aan het kantoor van de procureur in de vorige instantie, dan heeft de appellant in totaal een termijn van drie maanden plus twee weken om de dagvaarding naar het buitenland te laten verzenden. Maar wanneer de appèldagvaarding bijvoorbeeld twee weken na de datum van de uitspraak aan dat kantoor wordt betekend, dan staan voor de verzending naar het buitenland in totaal vier weken ter beschikking.

PRAKTISCHE OPLOSSING

In dit opzicht wijkt de wijze van betekening onder het regime van de EG-betekenningsverordening af van die onder het regime van het Haags Betekenningsverdrag 1965. Ook onder het regime van het Haags Betekenningsverdrag dient de dagvaarding naar het buitenland te worden verzonden. De Hoge Raad heeft bij arrest van 27 juni 1986, NJ 1987, 764 (WHH) echter beslist dat wanneer de dagvaarding aan

Het is onverstandig verzending van de dagvaarding naar het buitenland achterwege te laten, zelfs als met de wederpartij is afgesproken dat deze zal verschijnen

de laatstelijk gekozen woonplaats is betekend, maar niet aan het parket om naar het buitenland te worden verzonden, de datum van betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats beslissend is voor de vraag of het beroep tijdig is ingesteld. Als de verweerder niet verschijnt op de eerstdienende dag wordt aan de aanlegger gelegenheid geboden om de verweerder tegen een nieuwe rechtsdag op te roepen met inachtneming van de voorschriften van het Haags Betekeningsverdrag. Onder het systeem van het Haags Betekeningsverdrag kan de aanlegger na tijdige betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats dus in eerste instantie afwachten of de verweerder op de eerstdienende dag verschijnt. Alleen bij niet-verschijnen moet de dagvaarding alsnog aan het parket worden betekend teneinde naar het buitenland te worden verzonden.

Dat afwachten kan dus niet in een geval waarin de EG-betekeningsverordening van toepassing is. Dit verschil in benadering volgt onder andere uit een principiële verschil tussen het stelsel van het Haags Betekeningsverdrag en dat van de EG-betekeningsverordening. De Hoge Raad overweegt in het arrest van 17 januari 2003 (rov. 2.4) dat 'het in de EG-betekeningsverordening gekozen stelsel wezenlijk verschilt van het in het Haags Betekeningsverdrag opgenomen systeem van betekening, in het bijzonder waar onder de verordening, anders dan onder het verdrag, de betekening niet in de lidstaat van herkomst, hier Nederland, plaatsheeft, maar in de aangezochte lidstaat.'

De Hoge Raad heeft de praktijk niet willen overvallen met de beslissing dat de betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats binnen twee weken moet worden gevolgd door de verzending van de dagvaarding naar het buitenland. Volgens de Hoge Raad was er, onder andere op grond van de parlementaire behandeling van art. 56 Rv, reden om te veronderstellen dat wellicht de



Zal overschrijding van de tweewekentermijn leiden tot menig beroepsfout of heeft iedere advocaat de EG-betekenningsverordening paraat?

onder het regime van het Haags Betekenningsverdrag gegroeide praktijk, namelijk het afwachten of de verweerder op de eerstdienende dag verschijnt, ook onder het regime van de EG-betekenningsverordening gehanteerd zou kunnen worden. Daarom heeft de Hoge Raad beslist dat de regel dat de dagvaarding binnen twee weken na betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats naar het buitenland moet worden verzonden, geldt voor dagvaardingen die op of na 1 april 2003 worden uitgebracht. Wanneer de dagvaarding vóór 1 april 2003 is (of wordt) uitgebracht, krijgt de aanlegger dus nog de gelegenheid de verweerder die niet op de eerstdienende dag is verschenen, op te roepen met inachtneming van de voorschriften van de EG-betekenningsverordening.

Deze praktische oplossing voor dagvaardingen uitgebracht vóór 1 april 2003 is goed nieuws. Of hetzelfde geldt voor de regel die zal gelden voor dagvaardingen uitgebracht op of na 1 april 2003 valt nog te bezien. Het overschrijden van de tweewekentermijn leidt ertoe dat wanneer de verweerder niet verschijnt op de eerstdienende dag, het verzet of beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard. Zal deze harde consequentie leiden tot menig beroepsfout? Of heeft iedere advocaat zonder meer de EG-betekenningsverordening paraat wanneer onder de druk van een termijn een dagvaarding moet worden uitgebracht? Bieden de twee weken extra die de Hoge Raad thans geeft, in zo'n geval voldoende respijt?

CREATIVITEIT GEWENST

A-G mr. Keus merkt in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest van 17 januari 2003 (nr. 4.3) op dat zelfs wanneer de verweerder wél verschijnt op de eerstdienende dag, het aan de laatstelijk gekozen woonplaats uitgebrachte exploit in beginsel geen geldige

dagvaarding vormt, zodat 'zelfs problematisch is of van een tijdig ingesteld beroep kan worden uitgegaan'. Volgens de A-G is het dus denkbaar dat het verzuim dat de dagvaarding niet (tijdig) naar het buitenland is verzonden, niet wordt geheeld doordat de verweerder verschijnt. Er lijkt zo op het eerste gezicht weinig af te dingen op deze opvatting. Betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats is nu eenmaal niet een door de EG-betekenningsverordening geregelde wijze van betekening. Ook laat de EG-betekenningsverordening voor wat de wijze van betekening betreft geen ruimte voor het nationale recht. En ten slotte, zoals de A-G opmerkt, biedt de EG-betekenningsverordening geen aanwijzingen dat het verschijnen van de verweerder een veronachtzaming van de voorschriften met betrekking tot de betekeningshandeling zou goedmaken.

Of de opvatting van de A-G tot een aansprekend resultaat leidt, is een heel andere vraag. De argumenten om deze vraag ontkennend te beantwoorden, liggen voor de hand. De gedaagde die is verschenen lijkt niet onredelijk in zijn belangen te zijn geschaad doordat geen dagvaarding naar het buitenland is verzonden.² Het enige tegenargument dat ik kan bedenken is dat de dagvaarding die aan de laatstelijk gekozen woonplaats wordt betekend, niet van een vertaling zal zijn voorzien en dat de EG-betekenningsverordening beoogt er voor te zorgen dat aan de verweerder een dagvaarding wordt betekend in een taal van het land waar hij woont of een andere taal die hij begrijpt.³ Nu lijkt dat belang enigszins op de achtergrond te raken, wanneer de verweerder inmiddels is verschenen en zich dus van juridische bijstand in Nederland heeft voorzien, maar helemaal verwaarloosbaar is dat belang niet.

De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgelaten over de vraag of het verzuim dat de dagvaarding niet (tijdig) naar het buiten-

land is verzonden, wordt geheeld doordat de verweerder verschijnt. Ik hoop van harte dat als het college ooit eens zal worden geroepen om wél over deze vraag te beslissen, een creatieve manier wordt gevonden om deze procedurele hobbel te nemen. A-G mr. Keus doet in zijn conclusie (nr. 4.3) de suggestie dat wellicht van een 'fictieve' betekening kan worden uitgegaan. Ik zou die route (of een andere) toejuichen, eventueel in combinatie met de beslissing dat de aanlegger (als de verweerder daarop staat) alsnog een vertaling naar het buitenland moet verzenden (naar analogie van de regeling van art. 122 lid 2 Rv). Wat de toekomst ook gaat leren op dit punt, voorlopig is het in de praktijk in elk geval onverstandig om verzending van de dagvaarding naar het buitenland achterwege te laten, zelfs wanneer met de wederpartij de afspraak is gemaakt dat deze zal verschijnen.

Het arrest van 17 januari 2003 is niet in alle opzichten duidelijk voor zover het gaat om het herstellen van het verzuim de dagvaarding naar het buitenland te verzenden in geval de dagvaarding vóór 1 april 2003 is (of wordt) uitgebracht. Wat moet er gebeuren als op de eerstdienende dag de verweerder is verschenen of verstek is verleend? Moet in die gevallen alsnog een dagvaarding naar het buitenland worden verzonden? Ik kan mij voorstellen dat wanneer reeds verstek is verleend op basis van een aan de laatstelijk gekozen woonplaats betekende dagvaarding, de rechter beslist dat de verweerder alsnog moet worden opgeroepen met inachtneming van de voorschriften van de EG-betekenningsverordening teneinde hem gelegenheid te bieden het verstek te zuiveren. Ik hoop echter dat als de verweerder wél is verschenen een creatieve oplossing wordt gevonden die voorkomt dat in zo'n geval het Europese betekenningscircuit alsnog moet gaan draaien.

VERZENDEN VAN VERTALING

Ik veroorloof mij nog een enkele opmerking. Met ingang van 1 april 2003 is het voor de advocaat noodzakelijk om alvorens een dagvaarding aan de laatstelijk gekozen woonplaats uit te laten brengen, te bedenken of het zal lukken om binnen twee weken daarna de dagvaarding naar het buitenland te laten verzenden. Op het moment van deze betekening begint immers de tweewekentermijn te lopen. Onder omstandigheden kan het verstandig zijn om (als de termijn dat toelaat) nog even te wachten. Het zal er dan vooral om gaan of het praktisch haalbaar is om binnen twee weken een vertaling gereed te hebben. Op grond van art. 8 lid 1 EG-betekenningsverordening kan namelijk degene voor wie de dagvaarding is bestemd, ontvangst van de dagvaarding weigeren indien deze niet is gesteld in de officiële taal van de desbetreffende lidstaat.⁴

Op dit moment is onzeker wat het gevolg is van een weigering de dagvaarding in ontvangst te nemen wegens ontbreken van een vertaling, voor de vraag of het verzet of beroep tijdig is ingesteld. Na een dergelijke weigering wordt de dagvaarding teruggezonden naar de deurwaarder in Nederland (art. 8 lid 2 EG-betekenningsverordening). Wat geldt nu als vervolgens alsnog een vertaalde dagvaarding wordt verzonden en betekend? Kan voor de vraag of de termijn is gesauveerd, worden gekeken naar de datum van verzending van de dagvaarding zonder vertaling? Of heeft deze datum als gevolg van de weigering van inontvangstneming elke betekenis verloren en is de datum van verzending van de vertaalde dagvaarding bepalend? Totdat een prejudiciële beslissing van het HvJEG op dit punt voorhanden is, zal de advocaat geen enkel risico willen

NOTEN

- ¹ De uitspraak is te vinden op www.rechtspraak.nl (LJN-nummer: AF 1568; zaaknummer Co2/273HR) en zal vermoedelijk begin februari in de *RvdW* worden gepubliceerd.
- ² Vgl. art. 122 lid 1 Rv. Zoals gezegd, lijkt het erop dat deze bepaling in geval van toepasselijkheid van de EG-betekenningsverordening geen grondslag biedt om het verzuim van het niet-verzenden van de dagvaarding naar het buitenland te helen.
- ³ Zie de considerans (nr. 10) van de EG-betekenningsverordening.

nemen en binnen twee weken na betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats een dagvaarding met vertaling naar het buitenland willen zenden.⁵

Ik zou overigens menen dat het feit dat geen vertaling is verzonden geen nadelige consequenties voor de aanlegger heeft wanneer de dagvaarding door de verweerder in ontvangst is genomen. Mijns inziens is het enige gevolg dat de EG-betekenningsverordening verbindt aan het niet laten betekenen van een vertaling dat de ontvangst van de dagvaarding kan worden geweigerd. Ik zie

echter niet in dat het enkele feit dat geen vertaling is betekend aan verstekverlening in de weg zou staan wanneer de dagvaarding wél in ontvangst is genomen.

VOOR DE ZEKERHEID

Een volgende opmerking betreft de termijn van dagvaarding. Deze bedraagt vier weken in het geval van een verweerder die zijn woonplaats of werkelijk verblijf heeft in een land waar de EG-betekenningsverordening van toepassing is of dat partij is bij het Haags Betekenningsverdrag (art. 115 Rv). In gevolge art. 119 lid 1 Rv vangt deze termijn aan op de dag volgend op de datum van verzending van de dagvaarding naar het buitenland. De datum van betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats is dus niet bepalend. De advocaat die er voor kiest om de

dagvaarding eerst aan de laatstelijk gekozen woonplaats te laten betekenen en pas later naar het buitenland te laten verzenden (bijvoorbeeld omdat de vertaling nog moet worden gemaakt), moet hiermee dus rekening houden bij het kiezen van de eerstdienende dag. Het verdient aanbeveling om te kiezen voor een wat ruimere termijn dan vier weken. In een geval waarin ik een dagvaarding naar het Verenigd Koninkrijk heb laten verzenden, duurde het ruim twee maanden voordat ik een bewijs dat de stukken waren betekend terugkreeg.

Toen ik een dagvaarding naar het Verenigd Koninkrijk liet verzenden, duurde het ruim twee maanden voordat ik een bewijs dat de stukken waren betekend terugkreeg

Ik sluit af met de opmerking dat het verstandig lijkt om steeds de dagvaarding ook aan de laatstelijk gekozen woonplaats te laten betekenen en dus niet te volstaan met (tijdige) verzending van de dagvaarding naar het buitenland. Het lijkt vooraan nog niet uitgesloten dat wanneer, ondanks verzending van de dagvaarding naar het buitenland, geen bewijs van betekening in het land van de verweerder kan worden verkregen, de rechter onder omstandigheden aan de betekening aan de laatstelijk gekozen woonplaats in Nederland betekenis kan toekennen in verband met de beslissing of desalniettemin verstek kan worden verleend.⁶ In elk geval kan het geen kwaad om ten minste één voltooide betekening op zak te hebben. ●

- ⁴ Wanneer er in de desbetreffende lidstaat meerdere officiële talen zijn, moet de dagvaarding worden vertaald in de officiële taal of één van de officiële talen van de plaats waar de dagvaarding moet worden betekend (art. 8 lid 1 sub a EG-betekenningsverordening). Zo zal een dagvaarding die moet worden betekend in het Nederlandstalige deel van België niet behoeven te worden vertaald. Een vertaling kan achterwege blijven wanneer degene voor wie de dagvaarding is bestemd het Nederlands begrijpt, dat wil zeggen bijvoorbeeld een

Nederlander die in een andere lidstaat woont (art. 8 lid 1 sub b EG-betekenningsverordening). Zie over de taalvereisten: M. Freudenthal, *NIPR* 2001, p. 8; H.F. van Rijswijk, *NbBW* 2001, p. 83; L. Strikwerda, *WPNR* 6458 (2001), p. 800 noot 31; P. Vlas en J.D. Boon, *TCR* 2002, p. 5.

⁵ Zie: P. von Smidt auf Altenstadt, *Advocatenblad* 2001, pp. 594-595; P. Vlas en J.D. Boon, *TCR* 2002, p. 5.

⁶ Zie art. 19 lid 2 EG-betekenningsverordening en art. 7 Uitvoeringswet Europese Betekenningsverordening.

Advocaten kunnen in ethisch netelige situaties belanden. Hoe gaan ze dan te werk? En hoe kunnen we dat te weten komen zonder spionnen en afluisterapparatuur?

Daniela Hooghiemstra

journalist

mr. E.H. Swaab (56, beëdigd 1977; ongetrouwd, geen kinderen), Amsterdam
Belangrijkste zaak: 'mijn eerste, een echtscheidingszaak waarbij de duurzame ontvrieming van het huwelijk uiteindelijk door de Hoge Raad werd bevestigd'

Geloof u in God?

In mijn leven heeft zich tot dusver niets voorgedaan wat aanleiding was om de stevig verankerde basis van mijn atheïstische opvoeding te verlaten.

Vloekt u wel eens?

Ik betrap mijzelf er geregeld op dat ik 'verdomme' of 'Jezus' zeg, ook als ik niet zeker weet of dat verkeerd valt.

Voelt u zich schuldig als u vloekt?

Als ik vermoed dat anderen er aanstoot aan nemen, wel.

Is er in uw handelen sprake van structuur, dat wil zeggen: stelt u zich voor en nadat u handelt, terugkerende morele vragen?

Nee. Ik stel mijn handelen zo nu en dan al doende bij.

Aan welke norm toetst u uw eigen handelen?

Ik wil mijzelf recht in de ogen kunnen kijken.

Bent u veel tijd kwijt met het recenseren van uw eigen gedrag of handelwijze?

Nee. Omdat ik een doener ben, kom ik daar te weinig aan toe.

Welke historische figuur vertegenwoordigt in uw ogen het hoogst denkbare morele gehalte?

Stefan Zweig om zijn geloof in Europese eenheid, zijn pacifisme en zijn humanisme, Marguerite Yourcenar om hoe ze leefde, de prachtige boeken die ze schreef en haar kritische zin en Mahatma Gandhi, alleen al om zijn antwoord op de vraag wat hij vond van de westerse beschaving. 'Dat zou een heel goed idee zijn', zei hij.

'Voordat je iemand beoordeelt, moet je eerst tien stappen in zijn mocassins lopen'

Welk spreekwoord, religieuze tekst of gezegde vat uw normen- en waardepatroon het best samen?

'Voordat je iemand beoordeelt, moet je eerst tien stappen in zijn mocassins lopen'.

Voelt u zich wel eens schuldig?

Mijn schuldgevoel is zwaar overontwikkeld. Ik tracht tegenwoordig eerst te beredeneren of het terecht is. Zo ja, dan bied ik excuses aan, zo nee dan spreek ik mijzelf ernstig toe, wat niet altijd resultaat heeft.

Met welke waarden bent u opgevoed?

Vrij calvinistisch. 'Doe maar gewoon dan doe je al gek genoeg', 'Wat je doet, moet je goed doen' en 'Wie zich brandt, moet op de blaren zitten'.

Heeft u respect voor uw vader en moeder?

Ja, toen ik klein was omdat het mijn vader en moeder waren. Later om de mensen die zij waren.

Gaan liefde en respect hand in hand?

Liefde zonder respect lijkt mij niet mogelijk. Respect zonder liefde wel.

Heeft u vaak het gevoel dat uw persoonlijke vrijheid ten onrechte wordt ingeperkt door anderen?

Ja, maar dat verwijt ik mijzelf en niet de ander. Je moet zelf zorgen dat je je vrijheid neemt. Ik ga ervan uit dat alles in het leven een eigen keuze is.

Worstelt u wel eens met de consequenties die uw eigen handelingen voor anderen kunnen hebben?

Vanzelfsprekend.

Heeft u wel eens iemand geslagen?

Ja, één keer mijn moeder. Als schrikreactie op de eerste en laatste tik die ik van haar kreeg.

Verbaal vernederd?

Ik vrees van wel. Advocaten praten zoveel makkelijker dan anderen.

Bedrogen?

Ja, in de liefde.

Materiële schade berokkend?

Ik heb twee aanrijdingen veroorzaakt.

Vindt u overspel een zonde?

Verliefdheid mag, als het maar geen blijvende inbreuk is op een relatie. Levenslange monogamie lijkt mij onmogelijk.

Wanneer heeft u voor het laatst excuses aangeboden?

Toen ik later met een advies kwam dan met mijn cliënt was afgesproken. Er kwam een spoedklus tussen, maar dat was mijn probleem en niet het zijne.

Schaamt u zich wel eens?

Ja, onlangs nog toen ik met een volle tas boodschappen uit de Albert Heijn kwam en verzuimde een daklozenkrant te kopen. Wat ben je toch een krenk, dacht ik achteraf. Ik schaam mij ook als ik huil waar anderen bij zijn.

Bloost u wel eens?

Complimenten doen mij blozen. Het gebeurde laatst nog, toen ik tijdens mijn afscheid als voorzitter van een vereniging lovend werd toegesproken. Ik weet mij dan geen houding te geven.

Wanneer heeft u last van een knagend geweten?

Vaak. Als ik humeurig ben ondanks alle goede dingen die het leven mij geeft, als ik te gehaast ben om beleefd te zijn in het verkeer of te gestrest om aardig te zijn tegen mensen om mij heen.

Vindt u tafelmanieren belangrijk?

Mannen hoeven niet op te staan als ik terugkom aan tafel. Eten met mes en vork vind ik wel geboden, hoewel het mij niet stoort als iemand al pratend met de hand een sperzieboon van zijn bord opneemt en opeet.

Aan welke andere etiquette in de dagelijkse omgang hecht u waarde?

Prettig zijn voor je omgeving, zonder dat te overdrijven.

Bent u wel eens jaloers op anderen?

Toen mijn thans ex-geliefde voor een ander



koos, was ik jaloers op die ander.

U kunt een gevaarlijke moordenaar/grote beursfraudeur/illegaler giflozer/terrorist vrij krijgen door een vormfout. Aarzelt u?

Ik zou nooit optreden voor een terrorist evenmin als voor een nazi, omdat ik voor zo iemand geen enkel begrip heb. Maar overigens vind ik dat een advocaat vormfouten niet mag laten schieten. Dat is ook een reden dat ik geen strafzaken meer doe: ik heb er te vaak van wakker gelegen. Bij de onroerend-goedzaken en de geschillen binnen samenwerkingsverbanden die ik sindsdien heb gedaan, gaat het meestal om geld. Daar kan ik meer afstand bewaren.

Op straat wordt een jongen door drie anderen in elkaar geslagen. Wat doet u?

Alarmnummer bellen met mijn mobielje en de aandacht trekken van anderen. Maar ik durf mij er zelf niet tussen te gooien.

U geeft een feestje. Een goede vriend van u drinkt stevig en vertrekt per auto. Die avond rijdt hij een man aan die daardoor arbeidsongeschikt raakt. Uw vriend heeft zijn drankgebruik weten te verbergen en aansprakelijkheid komt niet aan de orde. Wat doet u?

Als ik word opgeroepen, getuig ik, maar ik ga niet uit mezelf naar de politie. Wel probeer ik de vriend in kwestie ervan te overtuigen dat hij zijn verantwoordelijkheid moet nemen.

Wat is uw definitie van liegen?

Niet de waarheid spreken.

Bestaat liegen om bestwil?

Het is ooit bedoeld in de zin van liegen in het belang van degene tégen wie je liegt, maar wordt tegenwoordig vooral gebruikt in het belang van degene die zélf liegt. Ik doe het ook wel eens: zeggen dat ik niet kan omdat ik geen zin heb.

Kunt u bevriend zijn met iemand die met voorkennis heeft gehandeld in aandelen? De belasting heeft ontdoken? Heeft gestolen? Een moord heeft gepleegd?

Ik ga uit van het principe: 'Those who live of money, die of money': iemand die alleen bezig is met het verwerven van geld om het geld, zal niet tot mijn vriendenkring behoren. Kocht iemand aandelen met voorkennis omdat hij medische zorg voor een dierbare moest kopen, zou dat de vriendschap niet in de weg staan. Datzelfde geldt voor belastingontduiking en stelen. Moord in een (begrijpelijk) moment van verstandsverbijstering hoeft de vriendschap niet aan te tasten. Ik heb twee keer meegemaakt dat mij zeer dierbaren zich schuldig maakten aan diefstal en drugssmokkel. Ik was razend. Maar daarnaast gold: ik hou toch van jullie en we moeten er met z'n allen doorheen. Het waren toen tieners. Ze hadden vreselijke spijt en ik heb achteraf kunnen begrijpen waarom het

is gebeurd. Onze band is sindsdien alleen maar hechter geworden.

Omdat u zo'n goede advocaat bent, nodigt koningin Beatrix u uit voor een intiem diner. Ook Jorge Zorreguieta staat op de gastenlijst. Wat doet u?

Ik bedank voor de eer. Ik kan voor de daden in het verleden van de heer Zorreguieta geen enkel begrip opbrengen en heb dus geen enkele behoefte om met hem aan tafel te zitten. Begrip opbrengen voor fouten van dierbaren is iets anders dan iederéén willen begrijpen.

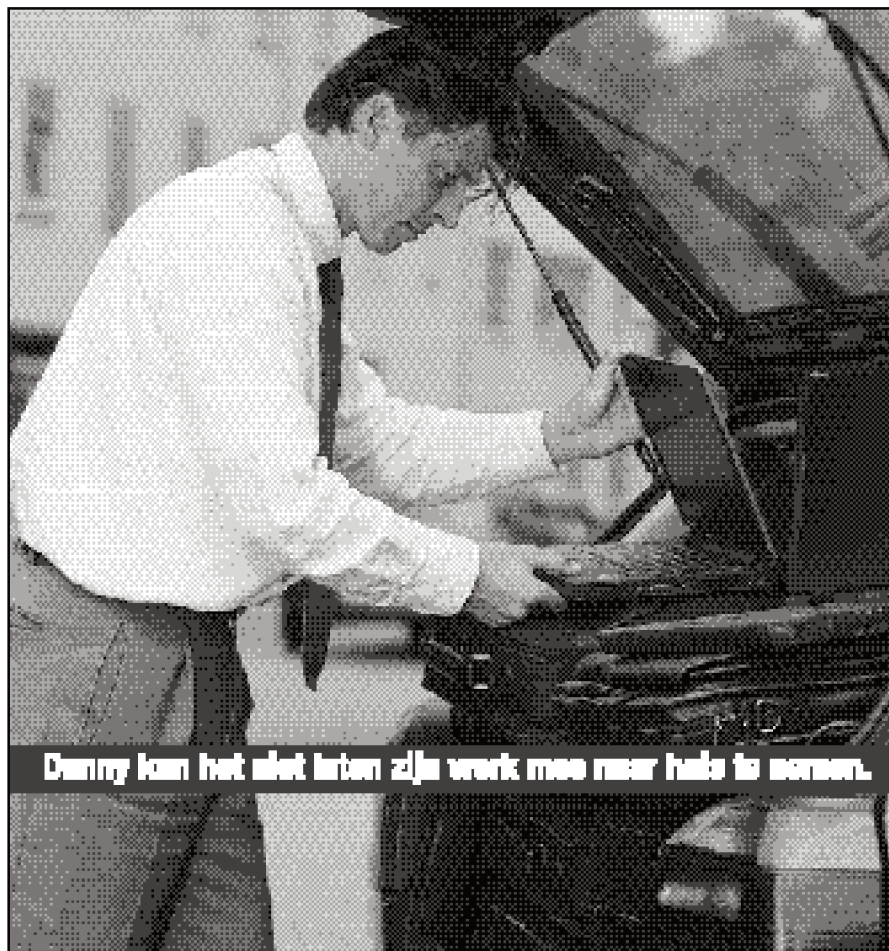
U bent lid van de VVD. Een andere partij vraagt u voor een ministerspost. Wat doet u?

Ik aanvaard het aanbod niet. In die spagaat zou ik mij niet willen bevinden.

●

Ethisch Peil: 8,2

Els Swaab noemt zichzelf een 'doener', maar blijkt in ethisch opzicht zeer bedachtzaam. Zij gelooft niet in een hogere norm dan die de mens zelf stelt, maar weet de ethische valkuilen daarvan (normloosheid) te omzeilen door strenge zelfdiscipline op te leggen en situaties te vermijden die compromitterend kunnen zijn. Dat laatste kan ook negatief worden uitgelegd (lafheid?), maar omdat de ethische meetlat niet meet wat de ondervraagde niet doet, valt haar cijfer toch hoog uit.



Country kan het niet laten zijn werk mee naar huis te nemen.

Fraude. Het is overal. Neem ook Carex. Een veelvoorkomend type. Concreet is het en nieuw. Hoewel de betreffende voorzitterszitting het verweerd staat open dat hij schakelt van late of persoonlijk betrokken geweest is bij de verkoop van 'zijn' laptop.

Fraude? Schalke & Partners zoekt de oorzaken van het probleem. Gevoelige zaken als verweerd van te- of schade claim, opheffing, bedrijfsoplossing, productie-uitval, bedrugging, afpersing, dubieuze schade en onrechtmatig ziekteverzuim. Ook u kunt er zeker mee te maken krijgen. Maar ook voor screenings en security-audit is het goed het zaken voor het oorzaken te nemen. Schalke & Partners. Binnent. Doortastend. Door de wet gevend.

Schalke & Partners bv

kantoor voor rechtsbijstand en -praktijk

NIET DE NEUS OP DE FEITEN

advocaatbureau T 070 622 11 44 www.schalke.com

Wij leveren u medische argumenten

De afgelopen tien jaren werden de meest uiteenlopende problemen aan onze artsen voorgelegd. Een greep uit de dagelijkse praktijk:

De operatie van mijn cliënt liep slecht af. Was de behandeling zorgvuldig?

De erfenamen van mevrouw stellen dat zij na de brand langer bleef leven dan meneer. Is dat juist?

Is de lichamelijke schade van mijn cliënt juist getaxeerd en hoe waardeer ik zijn smart?

De verzekeringsmaatschappij stelt dat de betrokkene zelfmoord pleegde. Was het geen ongeval?

De werknemer van mijn cliënt beweert dat hij niet meer kan werken. Kan hij niet net zo veel als vroeger?

De verzekeringspolis schrijft arbitrage voor. Kunt u een arbiter leveren?

MEDISCH ADVIESBUREAU

BINS

dr. mr. J.W.Bins, arts RGA

Laan 20
2512 GN Den Haag
tel 070 345 98 08
fax 070 345 98 11
e-mail j.w.bins@wxs.nl
www.binsmedical.com

FIF 33

RECHERCHE- EN INFORMATIEBUREAU

Tin behoeve van de advocaat en het bedrijfsleven.
Werkzaamheid in bedrijfsrecherche in binnen- en buitenland.

- onrechtig nietbewezen
- overtuiging oorzakenbepaling
- afdoening rechtszaken
- handelsinformatie
- fraude
- publiek onderzoek

Telefoon : 010 - 477 33 22 E-mail : info@fif33.nl
Fax : 010 - 477 08 30 Internet : www.fif33.nl

Vraag naar brochures om voor een totaalpakket aan diensten.

Bestuuradres: Hoornmadsingel 185, 3021 DM Rotterdam
Correspondentieadres: Postbus 25250, 3001 BR Rotterdam



Als u zoekt naar een
advocaat in een hooiberg
www.advocatenwerk.nl

HV&PARTNERS
VOOR JURISTEN. VAST OF INTERIM



TEL 010 - 2400605

Iks ging weer eens pleiten

Leo van Osch

Net op het moment dat Pierre van Hooijdonk een vrije trap in de bovenhoek van het Madrileense doel krulde, ging de telefoon. Verstoord zette hij het geluid van de televisie zachter en nam op: cliënt Dirks. Met een half oog kijkend naar de povere verrichtingen van de ploeg uit Rotterdam Zuid en met veel hu-hu's luisterde hij naar het opgewonden relaas van zijn cliënt.

Dirks was directeur van een meubelfabriek en kortelings een op het eerste oog lucratieve samenwerking aangegaan met een gladde zakenjongen die zijn verschijning eer aan deed door te boel op een geraffineerde manier te belazeren. 'Ze staan met vier vrachtwagens voor de deur en laden alles in', jammerde Dirks in de hoorn.

'Ja, de politie is er al', antwoordde Dirks. 'Daarvoor bel ik ook.' De politie wilde kennisnemen van het enkele dagen daarvoor door de deurwaarde uitgebrachte beslagexploit, waarin precies stond omschreven welke goederen in beslag waren genomen.

Hij legde uit dat dat exploit niet echt nodig was, stond ook in de brieven van advocaten, kletste nog wat mee met Dirks en hing op. 't Zat het 'm toch niet lekker en de verrichtingen van de bekerhouder boeiden hem eensklaps nog minder. Verd..., retentierecht, dacht hij ineens, want die oplichter had een stukje loods gehuurd bij Dirks en, geheel in overeenstemming met het verdere beeld, de huur niet betaald. Toch nog maar even Dirks bellen; nummer natuurlijk niet voor de pak; telefoonboek dan maar; hè, wel tien Dirksen in het gat waar zijn cliënt woonachtig was. De in aanmerking komende Dirksen die hij aan de lijn kreeg kende hij geen van allen.

'Nog even naar kantoor', zei hij tegen zijn zoon die languit op de bank lag en bijna onmerkbaar knikte.

Op kantoor belde hij Dirks die het blijkbaar doodnormaal vond dat X op het inmiddels onzalige uur van half elf 's avonds zijn professie nog uitoe-

fende. 'Ik heb nog iets gevonden.' Hij duwde even later naast het beslagexploit nog een stukje Asser door de fax na de relevante passage nog even te hebben aange-streept, zodat niet te veel zou worden gevegd van de niet op juridische handboeken ingestelde agenten.

Na een halfuur belde hij Dirks nog eens om te informeren of zijn dienstbetoon had geholpen. Ja, dat was het geval: compagnon was afgedropen en ze zouden daags nadien verder praten. Onder dankzegging door Dirks ging hij weer huiswaarts met het gevoel dat hij in elk geval voor heel wat krediet had gezorgd. Zo'n relatie kon toch niet meer stuk, zou je denken. Feijenoord had eerloos verloren, zag hij op teletekst.

Het was enkele dagen later dat Dirks hem meldde dat het niet goed ging met de fabriek. X schrok even, want er stond nog voor een

slordige ... mille open, maar evengoed ging hij praten met de potentiële overnemer, een dikbuikige door de wol gevefde ondernemer die, ter vervolmaking van het clichébeeld ook nog een sigaar opstak, zijn oog liet glijden over een tussentijdse balans en resultatenrekening, drie vragen stelde aan de ook aanwezige accountant en binnen het uur een fors belang nam in de zaak. Het enige wat X hoefde te doen was het maken van een nette brief aan alle schuldeisers waarin het vorstelijke percentage van 18 van het verschuldigde bedrag werd aangeboden. De brief zou door Dirks zelf worden verzonden.

'Ik wil zelf natuurlijk niet zo'n brief hebben,' grapte X.

Dirks had een ander soort humor: daags nadat hij het goedgekeurde concept had verzonden lag de door hem zelf gecomponeerde en, naar hij ondanks zijn opkomende woede moest toegeven, tamelijk overtuigende brief in de bus met de vraag of ook hij genoeg wilde nemen met 18 procent van zijn honorarium. Niks relatie, mijnheertje, dacht hij somber, de brief in tientallen stukjes scheurend, hij had zijn eigen beroep wel hoog zitten, maar een advocaat was uiteindelijk een dienstverlener als alle anderen. Een doodgewone crediteur. ●



RECTIFICATIES

In *Advocatenblad* nr. 2003-1 is op p. 41 door de eindredactie gemeld dat de schrijver van de ingezonden brief 'U ook nog een Glühwein?', mr. Jurjen Boorsma, advocaat zou zijn in Den Haag. Dit blijkt niet te kloppen. Mr. Jurjen Boorsma meldt werkzaam te zijn bij

het Korps Landelijke Politiediensten/Landelijk Recherche-team, en uit hoofde van zijn functie geregeld cursussen te volgen.

En in nr. 2002-22 is op p. 980 de auteur van het artikel 'Procederen in pensioenzaken', mw. mr. H.M.J. van den Hurk, in het intro 'Marjolein van den Hurk' genoemd – dit had Henny van den Hurk moeten zijn.

MET OF ZONDER GLÜHWEIN

In de rubriek Reacties van het *Advocatenblad* 2003-1, p. 41, plaatst J. Boorsma een aantal kritische kantekeningen bij het toekennen van opleidingspunten aan wat hij noemt een 'Permanente Ski-Opleiding'. De bedoeling van Boorsma is kennelijk de Orde wakker te schudden en te pleiten voor een betere toetsing van de kwaliteit van de cursussen in het kader van de Permanente Opleiding. De Orde slaapt echter niet, en rekent het tot haar taak om haar leden een naar omvang, diversiteit en kwaliteit hoogwaardig cursusaanbod te garanderen.

In dat kader is in 2002 de herziene Erkenningsregeling Permanente Opleiding in werking getreden. Daarin zijn de criteria en procedures, waaraan opleidingsinstellingen moeten voldoen om in het kader van de Permanente Opleiding te worden erkend, aanzienlijk aangescherpt. Beoordeeld wordt of de instelling onderwijs geeft dat op de advocatuur gericht is, van gekwalificeerde docenten gebruik maakt, een goede cursusorganisatie garandeert, en de gegeven cursussen serieus evalueert. De door de instelling bij de Orde aangemelde cursussen worden beoordeeld op niveau en relevantie voor

de advocatenpraktijk, en per cursus wordt gecontroleerd of het aantal aangevraagde punten overeenkomt met de werkelijke onderwijstijd.

De door Boorsma bekritiseerde cursus in de bergen van Zwitserland is in bovenstaand kader getoetst. Geconcludeerd is dat de betreffende cursus kwalitatief hoogwaardig is. De cursus kenmerkt zich door:

- gekwalificeerde, ervaren docenten;
- voor de praktijk relevante onderwerpen;
- in lijn met de uitgangspunten Permanente Opleiding;
- correcte aanwezigheidsregistratie;
- correcte calculatie van PO punten op basis van werkelijke onderwijstijd (met aftrek van thee/koffie pauze, lunch en diner).

De cursus is reeds enkele malen georganiseerd en door de cursisten positief geëvalueerd.

Het feit dat de cursus in een luxe setting in Wengen te Zwitserland wordt georganiseerd doet aan het vorenstaande niet af. Opleidingsinstellingen zijn vrij in de keuze van de cursusvorm en locatie, en advocaten zijn vrij in hun keuze van te volgen cursussen. Ook de beoordeling van budgettaire en fiscale aspecten van die keuze behoort niet tot de competentie van de Orde.

ONJUISTE DISCIPLINAIRE BESLISSING INZAKE CONSERVATOIR DERDENBESLAG

(*Advocatenblad* 2003-1, p. 47-48, Disciplinaire Beslissingen, 'Belangen wederpartij'; Hof van Discipline 31 augustus 2001, nr. 3185; Raad van Discipline Amsterdam 17 april 2000.)

Mr. X had op een bankrekening van de wederpartij van zijn cliënt conservatoir derdenbeslag laten leggen voor een door de voorzieningenrechter op f 25.000 begrote vordering. De wederpartij, klager, die geen

juridische bijstand geniet, vraagt aan mr. X het beslag op te heffen voor zover dat een bedrag van f 25.000 te boven gaat. De Raad van Discipline Amsterdam vindt dat mr. X dat ten onrechte heeft nagelaten en legt hem de maatregel van waarschuwing op. Het Hof van Discipline legt geen maatregel op, omdat mr. X toen een jonge stagiaire was, die slechts insprong voor zijn patroon. Maar het Hof van Discipline vindt wel dat mr. X verwijtbaar heeft gehandeld, nu hij initiatieven

Een ander punt van kritiek van Boorsma is de vrijblijvendheid van de PO-cursussen. Hij acht aanwezigheidsplicht onvoldoende, en vindt huiswerk en/of examens noodzakelijk. De bijscholingsplicht van advocaten houdt in dat advocaten een aantal uren per jaar dienen te besteden aan het op peil houden en actualiseren van hun professionele kwaliteit. Van advocaten moet de nakoming van die verplichting zonder meer verlangd kunnen worden. De Orde meent dan ook primair dat het de verantwoordelijkheid van de advocaat is aan zijn bijscholingsplicht serieus invulling te geven. Verdergaande toetsing dan de huidige controle of de verplicht gestelde opleidingstijd tijd daadwerkelijk is besteed, is op grond van de Verordening niet aan de orde, en moet ook niet nodig zijn.

Kortom, het is de taak van de Orde de kwaliteit van het cursusaanbod te bewaken, en het is de verantwoordelijkheid van de advocaat om van dat cursusaanbod adequaat gebruik te maken. Mét of zonder Glühwein.

(*mr. A. Gerritsen-Bosselaar, Portefeuillehouder Opleiding en mr. P.H. Smits, opleidingsmanager Permanente Opleiding*)

had moeten nemen om de klager ertoe te bewegen zekerheid te stellen voor f 25.000 waarna het beslag opgeheven zou kunnen worden. Het Hof van Discipline distantieert zich niet uitdrukkelijk van voornoemde overweging van de Raad van Discipline. Daarom wil ik er hierbij op wijzen dat het verwijt van die Raad faalt. Het ten verzoeken van mr. X gelegde beslag was voor slechts f 25.000, waarop de vordering van de cliënt van mr. X begroot was door de voorzieningenrechter in het beslagverlof, dat met het beslagrekest meebete-

kend is aan de derde-beslagene (de bank). Ik ga ervan uit dat dit beslag gelegd is na 1-1-1992 omdat de beslissing van de Raad van Discipline Amsterdam is van 17-4-2000, maar volledigheidshalve bespreek ik de situatie onder het oude en het nieuwe recht, omdat de datum van beslaglegging niet blijkt uit die beslissing. Op 1-1-1992 is art. 754 Rv vervallen. Op dat artikel was gebaseerd de leer van de cumulatieve beslagen, die inhield dat een conservatoir derden-beslag mede geacht werd gelegd te zijn ten behoeve van eventuele latere beslagleggers, wier beslagen geacht werden terug te werken tot het tijdstip van het eerste beslag. Op grond daarvan moest de derde-beslagene alles onder zich houden, wat hij van de debiteur van de beslaglegger onder zich had, ook wanneer dit meer was dan het bedrag waarop de vordering van de beslaglegger begroot was. De enige uitzondering was dat de beslaglegger akkoord ging met beperking van het beslag tot het bedrag tot het bedrag waarop zijn vordering begroot was door de president van de rechtbank. De derde-beslagene kon dan het meerdere doorbetalen aan zijn crediteur (de debiteur van de beslaglegger). Aldus is beslist in HR 29-11-1974, NJ 1975, 426. De HR vernietigt een arrest van het hof, dat vond dat dit niet kon en de A-G bij de hoge raad gaf het hof gelijk. Het is inderdaad een moeilijk punt, want de eerste beslaglegger doet dan eigenlijk afstand van de rechten, die latere beslagleggers zouden hebben. Hof en A-G vonden dat dit niet kon en daar is ook wat voor te zeggen, hoewel daarvan de consequentie is dat de derde-beslagene alles onder zich moet houden van de degene, tegen wie het beslag gericht is, ook wanneer dit bijvoorbeeld duizend keer zoveel is als waarvoor beslag gelegd is, totdat dit beslag en de eventuele latere beslagen opgeheven zijn. De enige praktische uitweg is om een garantie te stellen voor de vordering, waarvoor beslag gelegd is, waarna dit beslag opgeheven wordt en eventuele latere beslagen geen problemen kunnen veroorzaken, omdat die niet terugwerken tot het tijdstip van een inmiddels opgeheven beslag. Maar in het algemeen zal een beslaglegger zijn beslag niet beperken. Daar heeft hij geen belang bij. Immers,

zo'n beperking leidt er in het algemeen toe dat hetgeen door het beslag getroffen was boven het bedrag waarop de vordering van de beslaglegger begroot was, doorbetaald wordt aan de beslagene, de crediteur van de derde-beslagene. In de tuchtrechtelijke casus zou dan $f 57.000 - f 25.000 = f 32.000$ doorbetaald zijn. Maar wanneer er latere beslagleggers zouden komen, dan zou de eerste beslaglegger het bedrag van $f 25.000$ naar rato van de vorderingen moeten delen met die andere beslagleggers. Van een beslaglegger en evenmin van zijn advocaat kan dus mijns inziens verwacht worden dat hij meewerkt aan een gedeeltelijke opheffing van het beslag. De beslissing van de Raad van Discipline Amsterdam lijkt mij dus onjuist onder het oude recht.

Het nieuwe recht is gewijzigd. Zie bijvoorbeeld het artikel van mr. M. Ynzonides, 'Cumulatie van beslagen en botsing van executies' in *Tot persistit! Opstellen aangeboden aan H.J. Snijders*, 1992, p. 109-111. Zie ook *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, noot 1 bij art. 478: 'De relatieve werking van het beslag brengt echter mee dat het eerste beslag niet mede namens latere beslagen gelegd wordt. Betaalt de derde bijvoorbeeld in weerwil van het beslag zijn schuld aan de geëxecuteerde, dan zal een later beslag daarop niet meer mogelijk zijn. Net zo goed als na afgifte aan de deurwaarder (art. 477 b), is de derde immers nadien datgene niet meer verschuldigd aan de geëxecuteerde.' Dit betekent echter niet dat de leer van de cumulatieve beslagen in het nieuwe recht verlaten is. In noot 4 bij art. 478 Rv in de losbladige klapper *Burgerlijke Rechtsvordering* van Kluwer staat hierover: 'Indien voor een laag bedrag derdenbeslag is gelegd (bij voorbeeld $f 15.000$) op een aanzienlijke vordering (bij voorbeeld $f 1$ miljoen), mocht de derde-beslagene onder het oude recht het excedent niet afdragen; deed hij het desondanks, dan liep hij het risico door latere beslagleggers tot schadevergoeding te worden aangesproken, omdat hij in strijd met zijn wettelijke verplichting had gehandeld. Indien zich dezelfde situatie in het nieuwe recht voordoet, zal de eerste beslaglegger, om toestemming tot afdracht van het excedent

gevraagd, medewerking weigeren. Hij moet immers rekening houden met de mogelijkheid van cumulatieve beslagen die, indien zij niet preferent zijn en bij de verdeling voorgaan, in elk geval pons-ponsgewijze meedelen in het gereserveerde bedrag. Zowel in het oude als in het nieuwe recht kan één derdenbeslag voor een laag bedrag dus een zeer aanzienlijke vordering aan de vrije beschikingsmacht van de beslagschuldenaar onttrekken.'

Op dit punt is de situatie dus onder het nieuwe recht net zo als onder het oude recht. Ook onder het nieuwe recht lijkt mij dus de beslissing van de Raad van Discipline Amsterdam onjuist.

Permanente opleiding

In deze rubriek vindt u opleidingen die kunnen worden gevolgd in het kader van de Permanente Opleiding. De rubriek vormt een aanvulling op de Cursuswijzer Permanente Opleiding, die drie keer per jaar verschijnt.

ADR / MEDIATION

Basiskennis Mediation**

datum: 12 en 13 juni 2003 van 10.00-16.45 uur
docenten: mr. W.S. Aletrino, mr. J. Spierdijk
plaats: Amsterdam
punten: 10
prijs: € 895 geen BTW
PAO Vrije Universiteit Amsterdam, tel. 020-4446206

ALGEMEEN MANAGEMENT

Opus D cursus**

datum: 20 mei 2003, 09.30-17.00 uur
docenten: J.M.C. Schellekens
plaats: Eindhoven
punten: 5
prijs: € 363 exclusief BTW
Kred'IT BV, tel. 040-2393232

ARBEIDSRECHT

Arbeidsrecht*

datum: 3 april 2003, 10 april 2003, 17 april 2003, 24 april 2003, 16.00-20.00 uur
docenten: mr. W.F.C. van Megen, mr. M.J.P.M. Kieviet, mr. R. Hansma
plaats: Rotterdam
punten: 14
prijs: € 1.200
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

Het eerste en tweede ziektejaar***

datum: 17 juni 2003 en 19 juni 2003, van 09.45-17.15 uur
docenten: mr. R. van de Water, mr. P. Burger
plaats: Utrecht
punten: 12
prijs: € 675 geen BTW
OSR Juridische Opleidingen, tel. 030-2315314

Overgang van ondernemingen*

datum: 15 mei 2003, 16.00-20.00 uur
docenten: mr. M.J.M.T. Keulaers
plaats: Rotterdam
punten: 3
prijs: € 395
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

Lezing Arbeidsrecht – De zieke werknemer en Poortwachter*

datum: 17 juni 2003, 13.00-17.30 uur
docenten: prof. dr. E. Lutjens, mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, mr. M. Kievit, prof. dr. G. Vonk
plaats: Amsterdam
punten: 2
prijs: € 160 geen BTW
PAO Vrije Universiteit Amsterdam, tel. 020-4446206

Lezing Arbeidsrecht – Afvloeiingsregelingen en herstructurering of massaontslag*

datum: 15 april 2003, 13.00-17.30 uur
docenten: prof. dr. E. Lutjens, mr. A.f.A.M. Schellart, mr. A. Stege
plaats: Amsterdam
punten: 2
prijs: € 160 geen BTW
PAO Vrije Universiteit Amsterdam, tel. 020-4446206

BESTUURS (PROCES) RECHT

Overheid en privaatrecht****

datum: 10 maart 2003, 11 maart 2003, 12 maart 2003, 13 maart 2003, 16.30-20.30 uur, 14 maart 2003, 15.00-19.00 uur
docenten: prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. F.B.M. Kunneman, mr. drs. B.P.M. van Ravels
plaats: Curaçao
punten: 18
prijs: € 1.290
PAO CPO-KUN, tel. 024-3612256

BURGERLIJK (PROCES) RECHT

Contracteren I ***

datum: 15 mei 2003, 10.00-21.00 uur, 16 mei 2003, 10.00-17.30 uur
docenten: mr. C.R. Christiaans, prof. mr. J.G.J. Rinkes, mr. M. Wallart, mr. T.H.M. van Wechem, prof. mr. M.H. Wissink
plaats: Utrecht
punten: 13
prijs: € 1.295 exclusief BTW
Kluwer Opleidingen, tel. 0570-647142

FISCAAL RECHT

Omzetbelasting/BTW*

datum: 17 april 2003, 12.30-19.30 uur
docenten: mr. R. Berghenogouwen, mr. G. Rademaker
plaats: Rotterdam
punten: 5
prijs: € 595 exclusief BTW
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

GESPREKSTECHNIEKEN

Masterclass: Het klassieke Trivium in de moderne rechtspraktijk**

datum: 6 mei 2003, 13 mei 2003 en 20 mei 2003, telkens van 13.00-16.30 uur
docenten: dr. J. Kessels
plaats: Amsterdam
punten: 9
prijs: € 595 geen BTW
PAO Vrije Universiteit Amsterdam, tel. 020-4446206

INTELLECTUELE EIGENDOM

Intellectuele eigendom 2003*

datum: 24 april 2003, 12.30-18.00 uur
docenten: mr. F.V.B.M. Mutsaerts, prof. mr. A.A. Quaadvlieg, E.L. Simon
plaats: Rotterdam
punten: 4
prijs: € 595
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

Merkenrecht****

datum: 10 maart 2003, 11 maart 2003, 12 maart 2003, 13 maart 2003, 16.30-20.30 uur, 14 maart 2003, 15.00-19.00 uur
docenten: mr. D.W.F. Verkade, prof. mr. Ch. Gielen, mr. J.J. Sluis, dr. R.S.J. Martha LL.M.
plaats: Curaçao
punten: 18
prijs: € 1.290
PAO CPO-KUN, tel. 024-3612256

MEDEDINGINGSRECHT

Praktijkcursus Staatssteun: Overheden en lokale regelgeving***

datum: 10 april 2003, 10.00-17.00 uur
docenten: mr. P.P. Reimer, drs. W. Pieke, mr. M.M. Slotboom
plaats: Rotterdam
punten: 5
prijs: € 595 exclusief BTW
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

ONDERNEMINGSRECHT

Het nieuwe personenvenootschapsrecht van titel 7.13 BV****

datum: 10 maart 2003, 11 maart 2003, 12 maart 2003, 13 maart 2003, 16.30-20.30 uur, 14 maart 2003, 15.00-19.00 uur
docenten: prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. A.L. Mohr, prof. mr. Ch.J. Langereis
plaats: Curaçao
punten: 18
prijs: € 1.290
PAO CPO-KUN, tel. 024-3612256

PERSONEN- EN FAMILIERECHT

Personen- en familierecht****

datum: 19 maart 2003, 26 maart 2003, 2 april 2003 en 9 april 2003, telkens van 10.00-17.15 uur
docenten: prof. mr. E.A.A. Luijten, prof. mr. W.R. Meijer, mr. L.H.M. Zonnenberg, prof. mr. P. Vlaardingbroek, mr. T.J. Mellema-Kranenburg, mr. J.C.L. Zuiderwijk
plaats: Rotterdam
punten: 20
prijs: € 2.000
Kluwer Opleidingen, tel. 0570-647160

RUIMTELIJKE-ORDENINGSRECHT EN MILIEURECHT

Duurzame milieuwetgeving***

datum: 13 februari 2003, 15.00-17.00 uur
docenten: mr. G.A. Biezeveld
plaats: Utrecht
punten: 1
prijs: n.v.t.
Vereniging voor milieurecht, tel. 030-2312221

Het maken van een goed bestemmingsplan**

datum: 26 maart 2003, 09.00-17.15 uur
docenten: mr. J. Robbe, prof. dr. Ch. W. Backes, mr. drs. F.K. van den Akker, mr. J. Hoekstra
plaats: Utrecht
punten: 4
prijs: € 695 exclusief BTW
Elsevier Congressen, tel. 070-4415742

VMA/Grotius permanente opleiding Milieurecht*****

datum: 23 april 2003, 09.30-17.45 uur
docenten: mr. L.F. Wiggers-Rust, mr. L.E.M. Hendriks, prof. dr. Ch.W. Backes LL.M., prof. mr. J.M. Verschuuren
plaats: Utrecht
punten: 6
prijs: € 295
Grotius Academie, tel. 024-3612492

Verklaring der tekens

- * Actualiteiten (basiskennis vereist)
- ** Introductie
- *** Verdieping I (redelijke basiskennis vereist)
- **** Verdieping II (gedegen basiskennis vereist)
- ***** Specialisatieopleiding

Personalia

BEËDIGD ALS ADVOCATEN PROCUREUR

Bunge, mr. C.G., Prof. dr. Dorgelolaan 14 (5613 AM) postbus 3 (5600 AA) Eindhoven, tel. 040-2626543, fax 040-2626465, e-mail nlbunge3@hollandlaw.nl

Crutzen, mr. J.L., Noordende 28 (5701 SR) Helmond, tel. 0492-527080, fax 0492-527745

Dijkstra, mr. R., De Entree 201 (1101 HG) postbus 22740 (1100 DE) Amsterdam, tel. 020-5687114, fax 020-5684265, e-mail ricardo.dijkstra@nl.landwellglobal.com

Elfrink, mw. mr. E.M., Weibergweg 50 (7556 PE) postbus 56 (7550 AB) Hengelo (O), tel. 074-2488888, fax 074-2488800, e-mail elfrink@damste.nl

Gerards, mw. mr. I.E.H.E., Wilhelminastraat 21 (6131 KL) postbus 525 (6130 AM) Sittard, tel. 046-4205660, fax 046-4521166, e-mail kamps@kamps-advocaten.nl

Goedegebuur, mw. mr. G., Vestdijk 9 (5611 CA) postbus 2154 (5600 CD) Eindhoven, tel. 040-2445600, fax 040-2445411, e-mail g.goedegebuur@keizerspoelman.nl

Grand, mr. R. le, Van Stolkweg 10 (2585 JP) postbus 80504 (2508 GM) Den Haag, tel. 070-3504055, fax 070-3506187, e-mail info@pettenadv.nl

Haans, mw. mr. C.A.F. Parklaan 58 (5613 BH) postbus 885 (5600 AW) Eindhoven, tel. 040-2452555, fax 040-2431749, e-mail chaans@houbenvandijck.nl

Harte, mr. M., Axelsestraat 33 a (4537 AB) postbus 212 (4530 AE) Terneuzen, tel. 0115-617200, fax 0115-614821, e-mail info@derechteradvocaten.nl

Hendriksen, mr. S.R., Amstelveenseweg 638 (1081 JJ) postbus 75258 (1070 AG) Amsterdam, tel. 020-5419888, fax 020-5419999, e-mail s.hendriksen@schutgroshede.nl

Holthirichs, mw. mr. M.R., Van Stolbergweg 197 (9641 JE) postbus 125 (9640 AC) Veendam, tel. 0598-613872, fax 0598-623346, e-mail me@maasadvocaten.nl

Jhingoer, mr. A., de Schoof 94 (3341 EB) postbus 360 (3340 AJ) Hendrik-Ido-Ambacht, tel. 078-6819555, fax 078-6818701, e-mail info.wiekampendill@12move.nl

Kerkhof, mw. mr. R.M., Statenlaan 3 (5223 LA) postbus 44 (5201 AA) Den Bosch, tel. 073-6278080, fax 073-6278090, e-mail r.kerkhof@vanierselluchtman.nl

Koelman, mr. R., Bothalaan 1 (1217 JP) postbus 2383 (1200 CJ) Hilversum, tel. 035-6219941, fax 035-6216058, e-mail info@beks.nl

Patelski, mr. J.J., Minderbroedersberg 5 (6211 LK) Maastricht, tel. 043-3215931, fax 043-3253740, e-mail mengeradvocaten@hetnet.nl

Plieger, mr. M.H.G., Barbarasteeg 1 (2611 BM) postbus 3108 (2601 DC) Delft, tel. 015-2152929, fax 015-2146599, e-mail vuurens@xs4all.nl

Sepers, mw. mr. G., Weena 690 (3012 CN) postbus 2888 (3000 CW) Rotterdam, tel. 010-2246224, fax 010-4125839, e-mail gabrielle.sepers@loyensloeff.com

Teklenburg, mw. mr. S.M.M., Bilderdijklaan 13 (5611 NG) postbus 6131 (5600 HC) Eindhoven, tel. 040-2129245, fax 040-2118659, e-mail gersjes@iae.nl

Tunc, mr. K., Markt 16 d (7770 AE) postbus 416 (7770 AK) Hardenberg, tel. 0523-280038, fax 0523-280039, e-mail ktunc@schuldink.nl

Valkengoed, mw. mr. S.E. van, Andries Bickerweg 6 (2517 JP) postbus 17199 (2502 CD) Den Haag, tel. 070-3184200, fax 070-3561340, e-mail s.vanvalkengoed@bvvv.nl

Veer, mr. A. van der, Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

Westelaken, mw. mr. J.A.A., Helvoirtseweg 1 (5261 CA) postbus 315 (5260 AH) Vught, tel. 073-6849191, fax 073-6849199, e-mail janneke@winsmail.nl

Wijhoff-Schulterd, mw. mr. J.M., Egbert Gortestraat 14 (7607 GB) postbus 251 (7600 AG) Almelo, tel. 0546-812528, fax 0546-819469, e-mail tencate-advocaten@introweb.nl

Meldingen voor deze rubriek kunnen worden doorgegeven aan: adres@advocatenorde.nl

PRAKTIJK NEERGELEGD

Bressers, mr. M.H. Den Haag 01-06-2002

Coppoolse, mw. mr. W. Eindhoven 02-01-2003

Dungen-Dijkstra, mw. mr. N.K. van den Zwolle 01-01-2003

Houtman, mr. P. Rotterdam 01-01-2003

Hulskes, mw. mr. D.A.E.M. Tilburg 31-12-2002

Jansen, mw. mr. C.W.J.M. Rotterdam 01-01-2003

Jonkman, mw. mr. G. Groningen 01-01-2003

Leentjes, mw. mr. E. Groningen 04-10-2002

Metselaar, mw. mr. D.G. Alkmaar 01-01-2003

Nijhof, mw. mr. M.B. Amsterdam 19-11-2002

Os, mr. E. van Amsterdam 01-06-2002

Pommeren, mr. D.J. van Alkmaar 01-01-2003

Schram de Jong Kok, mw. mr. L.L. Bussum 30-11-2002

Tjauw-Foe, mw. mr. C.T. Amsterdam 30-07-2002

Tophoven, mr. R.F.J. Zeist 01-01-2003

Vesseeur, mw. mr. M.T. Amsterdam 01-01-2003

Vloten, mr. F.L.J. van Beek 01-01-2003

Voogd, mr. K.A. Amsterdam 30-08-2002

Wagenaar, mr. J.W.M. Utrecht 16-12-2002

Weeber, mw. mr. S.R. Hilversum 23-04-2002

Willems, mr. A.W. Eindhoven 02-01-2003

Zwanikken, mr. R. Amsterdam 07-12-2001

KANTOORVERPLAATSING

Borgdorff, mr. J.G.H. (Enschede): Van Swietenlaan 29 (9728 NX) postbus 1100 (9701 BC) Groningen, tel. 050-5214333, fax 050-5258850, e-mail advocaten@plasbossinade.nl

Breedijk, mr. B.M. (Purmerend): Michelangelostraat 109 sous (1077 CA) Amsterdam, tel. 020-3791078, fax 020-6795776, e-mail bb@breedijkvanderkooij.nl

Bruens, mr. P.P.J.M. (Rotterdam): Turfsingel 33 (9712 KJ) Groningen, tel. 050-3181344, fax 050-3124918, e-mail info@dehaanadvocaten.nl

Brummans, mw. mr. K.L.W. (Venlo): Venrayseweg 61 (5921 KJ) postbus 3328 (5902 RH) Venlo-Blerick, tel. 077-3982100, fax 077-3513166

Commijs, mr. N.S. (Utrecht): Stationsstraat 174 (7311 MJ) postbus 10210 (7301 GE) Apeldoorn, tel. 055-5262020, fax 055-5262021, e-mail ns.commijs@dommerholt.nl

Dis, mr. J. van: Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

Dolderen, mw. mr. P. van: Reyer Anlostraat 2-4 (1054 KV) Amsterdam, tel. 020-6163278, fax 020-4896988, e-mail pamela@pamadvocaten.nl

Duynstee, mr. A.F.M. (Maastricht): Wilhelminasingel 10 a (6001 GT) Postbus 339 (6000 AH) Weert, tel. 0495-583300, fax 0495-583301, e-mail duynstee@duynstee-partners.nl

Fajldherbe, mr. R.E. (Amsterdam): Keverdijk 8 (1381 HL) postbus 5119 (1380 GC) Weesp, tel. 0294-482222, fax 0294-484515, e-mail info@fajldherbe.com

Geertsema, mr. J.P. (Susteren): Walramstraat 20 (6131 BM) postbus 123 (6130 AC) Sittard, tel. 046-4517751, fax 046-4523255

Geurts, mr. M.E. (Rotterdam): Burgerweeshuispad 301 (1076 HR) postbus 75084 (1070 AB) Amsterdam, tel. 020-5771415, fax 020-5771874, e-mail megeurts@dbbw.nl

Govaert, mw. mr. M.M. (Rotterdam): Burgerweeshuispad 301 (1076 HR) postbus 75084 (1070 AB) Amsterdam, tel. 020-5771771, fax 020-5771775, e-mail mmgovaert@dbbw.nl

Groot, mw. mr. M.D. (Ermelo): Weerdjesstraat 70 (6811 JE) postbus 9218 (6800 HX) Arnhem, tel. 026-3522888, fax 026-3522889, e-mail mail@dekempenaar.nl

Grüschke, mw. mr. A.M.: 2e Jan van der Heijdenstraat 76 hs (1074 XX) Amsterdam, tel. 020-4712714, fax 020-4712715

Haas, mw. mr. M.C.M. de (Amsterdam): Fred. Roeskestraat 100 (1076 ED) postbus 71170 (1008 BD) Amsterdam, tel. 020-5785785, fax 020-5785800, e-mail marija.de.haas@loyensloeff.com

Heijerman, mr. M.D.J. (Rotterdam): Trompstraat 2 (3115 HH) Schiedam, tel. 010-2452222, fax 010-2452220

Holmes, mr. A.M.: Akersteenweg 208 (6227 AE) Maastricht, tel. 043-3672300, fax 043-3615058, e-mail thomassenadvocaten@hetnet.nl

Jongeren, mw. mr. drs. B.: Hoogoorddreef 62 (1101 BE) postbus 23456 (1100 DZ) Amsterdam (Z-O)

Kakes, mr. R. (Zwolle): Nieuwedijk 41 (8531 HK) postbus 50 (8530 AB) Lemmer, tel. 0514-653770, fax 0514-566264, e-mail bruinsma.advocaten@hetnet.nl

Klazinga, mw. mr. A.N.: Badhuisweg 12 (7201 GN) Zutphen, tel. 0575-546888, fax 0575-544182

Kooij, mr. J.P. van der: Michelangelostraat 109 sous (1077 CA) Amsterdam, tel. 020-3791078, fax 020-6795776, e-mail info@breedijkvanderkooij.nl

Lange, mr. P.A. de (Rhoon): Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

Mutsaerts, mr. F.V.B.M. (Eindhoven): Statenlaan 55 (5223 LA) postbus 1714 (5200 BT) Den Bosch, tel. 073-6927777, fax 073-6927789, e-mail f.mutsaerts@banning.nl

Het Bureau van de Orde

Onderwerp	Telefoonnummer	E-mailadres
N.a.w. gegevens advocatuur	070 - 335 35 29	adres@advocatenorde.nl
Centrale Controle Verordeningen	070 - 335 35 26	ccv@advocatenorde.nl
Landelijke financiële bijdrage	070 - 335 35 23	finorg@advocatenorde.nl
Opleiding: alle vragen (09.00-12.00 uur)	070 - 335 35 55	opl@advocatenorde.nl
Communicatie: Advocatenblad,		
brochures et cetera	070 - 335 35 52	pr@advocatenorde.nl
Alle overige vragen van advocaten	070 - 335 35 71/86	helpdesk@advocatenorde.nl

Peters, mr. T. (Bergen op Zoom): Markt 211b (5701 RJ) postbus 159 (5700 AD) Helmond, tel. 0492-524333, fax 0492-524898

Rademakers, mr. W.H.F.L. (Rijen): Hoge Ham 100 (5104 JK) postbus 266 (5100 AG) Dongen, tel./fax 0162-318544

Roorda, mr. I.J.J.M. (Mariaheide): Helvoirtseweg 1 (5261 CA) postbus 315 (5260 AH) Vught, tel. 073-6849191, fax 073-6849199, e-mail info@winsmart.nl

Roos, mr. E.R. de (Amsterdam): Statenlaan 55 (5223 LA) postbus 1714 (5200 BT) Den Bosch, tel. 073-6927777, fax 073-6927789, e-mail info@banning.nl

Sondeijker, mr. J.F.M. (Veldhoven): Kerkstraat 4 (6367 JE) Ubachsberg, postbus 23034 (6367 ZG) Voerendaal, tel. 045-5620540, fax 045-5620541, e-mail j.sondeijker@rechten.nl

Top, mw. mr. Drs. G.M. (Zoetermeer): Postbus 83 (2800 AB) Gouda, tel. 0182-576520, fax 0182-576359, e-mail m.top@pinkroccade.com

Veer, mr. A. van der: Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

Vos, mr. L.: Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

Weele, mw. mr. R.C. van der: Markt 211b (5701 RJ) postbus 159 (5700 AD) Helmond, tel. 0492-524333, fax 0492-524898

Winter, mr. J.W. (Rotterdam): Burgerweeshuispad 301 (1076 HR) postbus 75084 (1070 AB) Amsterdam, tel. 020-5771885, fax 020-5771524, e-mail jwwinter@dbbw.nl

Zwaan, mw. mr. E.L. de (Rotterdam): Burgerweeshuispad 301 (1076 HR) postbus 75084 (1070 AB) Amsterdam, tel. 020-5771675, fax 020-5771762, e-mail eldezwaan@dbbw.nl

NIEUW KANTOOR/ASSOCIATIE

Breedijk & Van der Kooij Advocaten (mrs. B.M. Breedijk & J.P. van der Kooij) Michelangelostraat 109 sous (1077 CA) Amsterdam, tel. 020-3791078, fax 020-6795776, e-mail info@breedijkvanderkooij.nl

Holsteijn & Timmermans Advocaten (mrs. J.F. Holsteijn & W.A. Timmermans) Roodenburgerstraat 51 (2313 HJ) Leiden, tel. 071-5135620, fax 071-5140379

Jacobs & Van Heijningen Advocaten (mrs. C.A.R.J. Jacobs & R.A. van Heijningen) Van Marumstraat 14 (1098 RP) Amsterdam, tel. 020-6653337, fax 020-4689838

Karstens & De Bruijn (mr. J.M. Karstens & jurist De Bruijn) Stationsweg 78 a (2991 CM) Postbus 2021 (2990 DA) Barendrecht, tel. 0180-622370, fax 0180-162262

Peters & Van der Weele Advocaten (mrs. T. Peters & R.C. van der Weele) Markt 211 b (5701 RJ) postbus 159 (5700 AD) Helmond, tel. 0492-524333, fax 0492-524898

Veraart De Granada Advocaten (mrs. C.J.W. Veraart, E.A.M. Hertoghs, R.J. Wortelboer, R.P.H. de Granada & B. Roosveldt) Emmastraat 2 (1814 DR) postbus 212 (1800 AE) Alkmaar, tel. 072-5157474, fax 072-5157829

Vos & De Lange Advocaten (mrs. J. van Dis, L. Vos, A. van der Veer & P.A. de Lange) Bijldorp-Oost 42 (2992 LA) postbus 148 (2990 AC) Barendrecht, tel. 0180-695115, fax 0180-695110, e-mail info@vdladvocaten.nl

NAAMSWIJZIGING

Holsteijn, mr. J.F. te Leiden thans: **Holsteijn & Timmermans Advocaten**
Jacobs, mr. drs. C.A.R.J. te Amsterdam thans: **Jacobs & Van Heijningen Advocaten**
Karstens, mr. J.M. te Barendrecht thans: **Karstens & De Bruijn**
Ravenhorst & Klazinga te Zutphen thans: **Ravenhorst, mr. H.**

Hoijtink, mw. mr. K. te Amsterdam thans: **Saunders-Hoijtink, mw. mr. K.**
Smit, Winnubst & De Hart Advocaten te Wijk en Aalburg thans: **Smit & De Hart Advocaten**

Smit, Winnubst & De Hart Advocaten te Vught thans: **Smit & De Hart Advocaten**
Veldhoven Advocaten te Den Haag thans: **Veldhoven Ozinga Advocaten**

BEZOEKADRES / TEL./FAX/E-MAIL

AKD Prinsen Van Wijmen te Amsterdam: Orlyplein 10 (1043 DP) Amsterdam, tel. 020-5825100, fax 020-5825150

AKD Prinsen Van Wijmen te Dordrecht: Wilgenbos 2 (3311 JX) Dordrecht, tel. 078-6112300, fax 078-6112550

Advokatenkantoor M. Bijkerk te Den Haag: Laan van Zuidhoorn 59 (2289 DC) Rijswijk

Advokatenkantoor Van Engelen te Wageningen: Generaal Foulkesweg 55 (6703 BM) Wageningen, e-mail info@van-engelen.com

Heuvelmans Advocaten te Venlo-Blerick: Postbus 3328 (5902 RH) Venlo-Blerick, tel. 077-3982100, fax 077-3513166

Kupperman van der Wiel Advocaten te Amsterdam: De Boelelaan 28 (1083 HJ) Amsterdam

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het Advocatenblad zijn gepubliceerd zijn ook te vinden op www.advocatenorde.nl en BalieNet
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. A.G. Beets, mr. J.C.P. Ekering, mr. H.J.A. Knijff, mr. I.E.M. Sutorius, mr. G.J. Kemper en mr. C.H.B. Winters.

ZORGVULDIG DECLARATIEBELEID

Hof van Discipline, nr. 3371, 3 mei 2002

(*ms. Zwitser-Schouten, Heidinga, De Leeuw, Goslings en Gründemann*).

Raad van Discipline Amsterdam, 19 februari 2001

(*ms. Kist, Van Ardenne, Remme, Knipscheer en Klaver*).

Een advocaat dient niet alleen ten opzichte van zijn cliënten maar in bepaalde omstandigheden ook ten opzichte van de bij hem bekende betrokkenen c.q. belanghebbenden een zeer zorgvuldig declaratiebeleid te voeren en desgevraagd helderheid te verschaffen.

- *Advocatenwet artikel 46 (3. Wat een behoorlijk advocaat betaamt tegenover de wederpartij; 3.4 Jegens tegenpartij in acht te nemen zorg)*
- *Gedragsregels 23 lid 1 en 27 lid 5*

Feiten

Klager behartigt de belangen van twee broers, in een geschil met de derde broer, C. Het geschil betreft de verdeling van een nalatenschap van hun in 1990 overleden moeder. C. is benoemd tot executeur testamentair De voornaamste vermogenbestanddelen van de nalatenschap zijn ondergebracht in een beleggingsmaatschappij, de besloten vennootschap Y. C. is bestuurder van de vennootschap. Mr. X behartigt de belangen van zowel C als van de vennootschap Y. Klager heeft namens de twee broers een procedure tot verdeling van de nalatenschap ahangig gemaakt tegen C. bij de rechtbank. Bij tussenvonnis d.d. 24 mei 1995 is vastgesteld dat de aandelen in de vennootschap aan de twee broers worden toebedeeld tegen een vergoeding van de waarde aan C. De rechtbank heeft een registeraccountant benoemd tot deskundige voor het bepalen van de waarde van de aandelen. De vennootschap ontplooit sinds 1996 geen activiteiten meer. Het vermogen van de vennootschap bestaat voor een deel uit het saldo van een rentedragende depositorekening. Bij vonnis d.d. 2 juli 1998 heeft de President van de Rechtbank in een door de twee broers tegen C. en de vennootschap Y. ahangig gemaakt kort geding, C. verboden in zijn hoedanigheid van directeur van de vennootschap zonder voorafgaande kennisgeving en goedkeuring van de twee broers enige handeling te verrichten waaruit financiële verplichtingen voor de vennootschap kunnen ontstaan voor meer dan totaal f 35.000, zulks op straffe van een dwangsom. In dit vonnis overweegt de President onder meer: *“Onbetwist staat vast dat de beleggingsmaatschappij (de vennootschap bew.) geen activiteiten meer ontplooit en ook dat sinds het tussenvonnis van de rechtbank nog eens voor een bedrag van f 300.000 aan betalingen is verricht (waaronder betalingen aan de raadsman van gedaagde), waarvan vooralsnog onduidelijk is in hoeverre deze voor werkzaamheden ten behoeve van de beleggingsmaatschappij verricht zijn en waarvan gedeeltelijk door gedaagde is erkend dat zulks*

niet het geval is”.

Mr. X heeft bij aanvang van zijn werkzaamheden zijn eerste factuur geadresseerd aan C. C. heeft deze factuur betaald. Vervolgens heeft C. aan mr. X gevraagd zijn facturen te adresseren aan de vennootschap. Vanaf dat moment heeft de vennootschap de facturen van mr. X. betaald. De deskundige heeft mr. X verzocht om een specificatie van zijn facturen betreffende de jaren 1993 en 1994. Vervolgens heeft de deskundige – bij gebreke van enige specificatie – een verdeelsleutel toegepast, waarbij hij de kosten voor 50% heeft toegerekend aan de vennootschap en voor 50% aan C. respectievelijk de nalatenschap. Mr. X heeft na 1994 aan de vennootschap drie declaraties verstuurd, die de vennootschap heeft betaald: declaratie 1 ad f 18.244,20 ten name van C; declaratie 2 ad f 40.945,56 ten name van C. en declaratie 3 ad

f 83.613,75 ten name van de vennootschap, in totaal f 142.803,51. Mr. X heeft na herhaalde schriftelijke verzoeken van de deskundige tenslotte afschriften van de facturen, vergezeld van de opsomming van de werkzaamheden verzonden. De opsomming maakte geen onderscheid tussen de werkzaamheden verricht ten behoeve van de vennootschap of ten behoeve van C. als erfgenaam of ten behoeve van C. als executeur testamentair. De deskundige heeft een aanvullend deskundigenbericht opgesteld, waarbij hij zich niet uitlaat omtrent de toerekening van de advocaatkosten van mr. X aan de vennootschap of aan C. of de nalatenschap.

De inhoud van de klacht

Mr. X heeft ten onrechte declaraties verzonden aan vennootschap Y en aldus bedragen aan de vennootschap berekend die aan een ander of anderen in rekening gebracht hadden moeten worden.

Mr. X weigert stelselmatig aan de voor het merendeel gerechtigden tot de aandelen in de vennootschap zijn aan die vennootschap gedeclareerde bedragen te verantwoorden en te specificeren.

Overwegingen Raad

Mr. X is bekend met het feit dat zijn cliënt C. optreedt in drie hoedanigheden:

Privé-persoon/erfgenaam, executeur testamentair, bestuurder van de vennootschap.

Mr. X is voorts bekend met het oordeel van de rechtbank dat de aandelen van de vennootschap worden toebedeeld aan de cliënten van klager, zulks tegen vergoeding van de waarde aan C met benoeming van een deskundige met het oog op de waardering van de aandelen van die vennootschap. Tenslotte is mr. X bekend met het feit dat de vennootschap al jaren geen activiteiten meer ontplooit en dat het saldo op de depositorekeningen een van de belangrijkste vermogensbestanddelen van de vennootschap is.

In de gegeven omstandigheden dient mr. X niet alleen ten opzichte van zijn cliënten, maar ook ten opzichte van de bij hem bekende betrokkenen, uiteindelijk de gerechtigden tot het vermogen van de vennootschap een zeer zorgvuldig declaratiebeleid te voeren. Indien en voor zover hij al in de gegeven omstandigheden het verzoek van C. dient te honoreren door de factuur de adresseren aan de vennootschap, zal mr. X. in de gegeven omstandigheden geen enkele onduidelijkheid mogen laten bestaan omtrent een uitsplitsing van zijn werkzaamheden, zulks met het oog op de bij hem bekende, dan wel redelijkerwijs te verwachten gevolgen van de betaling van zijn facturen door de vennootschap voor de betrokken gerechtigden.

Mr. X heeft tijdens de mondelinge behandeling erkend dat de specificaties van zijn declaraties geen onderscheid maken ten aanzien van de partijen voor wie hij zijn werkzaamheden heeft verricht. Mr. X heeft daarmee niet voldaan aan zijn zorgplicht om helderheid en inzicht te verschaffen. Voorts heeft mr. X erkend dat de vennootschap betalingen heeft verricht voor werkzaamheden die niet ten behoeve van de vennootschap heeft verricht.

Mr. X heeft ook aangegeven niet bereid of in staat te zijn ten aanzien van de door hem verrichte werkzaamheden het onderscheid naar partijen alsnog aan te geven. Door zijn weigerachtigheid of onbereidwilligheid bemoeilijkt mr. X een (gedeeltelijke) oplossing van het geschil. Aldus draagt zijn opstelling bij tot kostenverhogende complicaties in de lopende procedures.

Volgt

Gegrondverklaring van de klacht in al haar onderdelen en oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing.

Overwegingen Hof

Het Hof gaat uit van bovenvermelde klachtomschrijving nu daartegen geen grief is gericht. Eerst tijdens de behandeling in hoger beroep heeft mr. X zich op het standpunt gesteld dat klager geen belang heeft bij de onderhavige klacht en dat klager derhalve niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Uit de inleidende klachtbrief van 1 maart 2000 blijkt echter duidelijk dat klager de klacht heeft ingediend namens zijn cliënten, de twee broers, en als zodanig is de klacht ook door de Deken aan de Raad voorgelegd. Tijdens de behandeling bij de Raad heeft klager zulks eveneens expliciet medegedeeld en ter zitting van het Hof heeft klager dat herhaald. Klager is derhalve ontvankelijk in zijn klacht, zij het met dien verstande dat naar het oordeel van het Hof de Raad ten onrechte heeft geoordeeld dat klager die klacht namens zichzelf indiende, terwijl hij de klacht indiende in zijn hoedanigheid van advocaat van zijn cliënten. In laatstgenoemde zin verstaat het Hof mitsdien de hoedanigheid van klager.

Het staat vast dat de drie broers C., de cliënten van klager respectieve-

lijk de cliënt van mr. X als gerechtigden tot de in de nalatenschap vallende aandelen in de vennootschap belang hebben bij de waardering daarvan en dat de waarde van de aandelen worden beïnvloed door hetgeen de vennootschap op factuur heeft betaald.

De declaraties 1 en 2, die zijn gesteld ten name van C. in privé kunnen buiten beschouwing blijven, ook al zijn betalingen op deze declaraties (ten dele) gedaan door de vennootschap. Een advocaat kan – behoudens in bijzondere omstandigheden, waarvan te dezen niet is gebleken – niet worden verweten dat een derde (geheel of gedeeltelijk) zijn aan een cliënt uitgebrachte declaratie voldoet. Een eventuele verrekening is dan een zaak tussen die derde en de cliënt. Mr. X zou in strijd met zijn beroepsgeheim handelen – dus er onjuist aan doen – indien hij ten behoeve van klager en diens cliënten de bij deze declaraties in rekening gebrachte werkzaamheden zou specificeren. Dat is anders met betrekking tot declaratie 3. Met de Raad is het Hof van oordeel dat in de gegeven omstandigheden mr. X niet alleen ten opzichte van zijn cliënten, maar ook ten opzichte van de bij hem bekende betrokkenen uiteindelijk gerechtigden tot het vermogen van de vennootschap een zeer zorgvuldig declaratiebeleid diende te voeren. Mr. X diende in de gegeven omstandigheden er zorg voor te dragen dat de factuur gesteld was ten name van de cliënten voor wie de werkzaamheden waren verricht en de factuur zodanig in te richten dat daarin inzicht werd verschaft op welke wijze het honorarium moest worden uitgesplitst over de onderscheiden werkzaamheden.

Subsidiair heeft mr. X aangevoerd dat bij gedeeltelijke gegrondverklaring van de klacht er geen aanleiding is tot het opleggen van een maatregel, omdat hij bij brief van 27 februari 2002 de bewuste nota heeft uitgesplitst wat betreft uren en verschotten en nader heeft gespecificeerd naar werkzaamheden die hij ten behoeve van de vennootschap heeft verricht. Nu mr. X eerst twee dagen voor de zitting in hoger beroep en derhalve ruim 1,5 jaar na indiening van de klacht alsnog tot specificatie en uitsplitsing van de betreffende declaraties is overgegaan, verwerpt het Hof dit verweer.

Volgt

Met verbetering van gronden bekrachtiging van de beslissing van de Raad, voor zover betrekking hebbend op declaratie 3.

DOORGEVEN POLTIEVIDEOBANDEN

*Raad van Discipline Amsterdam, 1 oktober 2001
(Mrs. Kist, Van Ardenne, Karsten, Meijer en Remme)*

Het ter beschikking stellen van videobanden aan een televisieprogramma. Verschil van inzicht over de voorwaarden waaronder de videobanden aan de advocaat ter hand zijn gesteld.

- *Advocatenwet art. 46 (2.3. Gedragingen in strafzaken)*
- *Gedragsregel 1*

Feiten

Mr. X treedt voor een cliënt op in een strafzaak. Klager, advocaat-generaal bij het Hof, stelt aan mr. X voor de behandeling ter openbare terechtzitting van het Hof videobanden ter beschikking die door de politie zijn gemaakt van verhoren van de cliënt van mr. X. De videobanden behoren niet tot het strafdossier maar zouden ter terechtzitting worden getoond. Mr. X stelt na de openbare behandeling van het Hof, maar vòòr dat het Hof arrest wijst, de videobanden ter beschikking van een omroep. In een televisieprogramma worden beelden getoond die laten zien dat de cliënt van mr. X agressie vertoont en dat er een worsteling ontstaat tussen de cliënt van mr. X en een verbaalsant. Een aantal van de betrokken politiefunctionarissen is herkenbaar in beeld. De in het televisieprogramma getoonde beelden zijn dezelfde beelden die ook ter openbare zitting van het Hof zijn getoond.

Klager stelt dat tussen hem en mr. X is afgesproken dat mr. X de videobanden niet aan derden ter beschikking zou stellen en dat hij de banden direct na de zitting van het Hof zou teruggeven. Klager stelt dat mr. X door de banden aan de omroep ter beschikking te stellen uitdrukkelijk in strijd heeft gehandeld met de voorwaarden waaronder hem de banden ten behoeve van de voorbereiding van de zitting ter beschikking waren gesteld c.q. misbruik heeft gemaakt van de welwillendheid van het Openbaar Ministerie.

Daartegenover stelt mr. X dat hij aan klager volstrekt duidelijk heeft gemaakt dat hij de banden niet in de openbaarheid zou brengen totdat deze op de openbare zitting zouden worden vertoond. Mr. X is van mening dat de beelden vanaf het moment van vertoning ter zitting stukken van openbaarheid zijn geworden zodat niets in de weg stond aan vertoning van deze beelden in een televisieprogramma.

Overwegingen Raad

De Raad heeft niet kunnen vaststellen wat er tussen klager en mr. X precies is afgesproken. De Raad kan derhalve ook niet vaststellen of de door klager gestelde afspraak is gemaakt en door mr. X is geschonden.

Gezien de – beperkte, bew. – reikwijdte van de klacht komt de Raad niet toe aan beoordeling van de vraag of mr. X, los van de eventuele schending van een afspraak, in de onderhavige omstandigheden tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld enkel door de videobanden ter beschikking te stellen voor een televisieprogramma.

Volgt

Ongegrondverklaring van de klacht.

OVERBOEKING NIET IN FAILLISEMENTSVERSLAG

Hof van Discipline, 5 oktober 2001, nr. 2614

(mrs. Fransen, Byvanck, Vermeulen, Hooykaas en Van Loo)

Raad van Discipline 's-Hertogenbosch, 8 december 1997

(mrs. Zwitser-Schouten, Van der Laken, Ten Brummelhuis, Poelman en Van der Eerden)

Overboekingen door curator/advocaat van de in hoedanigheid van curator ontvangen gelden, zonder die in faillissementsverslagen te verantwoorden. Gevolgen van het faillissement van een praktijkvennootschap op de voet van art. 16 lid 1 Advocatenwet.

- *Advocatenwet art. 16, art. 46 (2.1 Wat in het algemeen niet betaamt)*
- *Gedragsregels 1, 23 lid 1*
- *Verordening op de Praktijkrechtspersoon art. 3 lid 1 aanhef en sub a.*

Overwegingen (samengevat) van de Raad

Mr. X is curator in het faillissement van A B.V. In 1991 ontvangt mr. X als curator in verband met de verkoop van roerende zaken een bedrag van f 780.000, waarvan hij f 410.000 doet overboeken naar de faillissementsrekening. In zijn verslagen aan de rechter-commissaris noemt mr. X als opbrengst van de verkoop in kwestie een bedrag van ca. f 500.000, terwijl hij naderhand laat weten dat met het niet-doorbetaalde gedeelte vorderingen van derden zijn voldaan.

In 1994 incasseert mr. X ten behoeve van de boedel een bedrag van ca. f 10.000, welk bedrag wordt overgeboekt naar een rekening van zijn praktijkvennootschap.

In 1997 wordt mr. X door de rechtbank veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twee jaren, met ontzetting van het recht het beroep van advocaat uit te oefenen voor de duur van vier jaren, waarbij bewezen wordt verklaard dat mr. X zich de in 1991 en 1994 ontvangen gelden wederrechtelijk heeft toegeëigend.

Het gerechtshof vernietigt dat vonnis, voor zover daarbij bewezen was verklaard dat mr. X de in 1994 ontvangen som zich wederrechtelijk had toegeëigend. Het Hof veroordeelt mr. X tot een gevangenisstraf voor de tijd van één jaar en zes maanden.

In 1996 wordt de vennootschap waarin mr. X zijn praktijk heeft ondergebracht in staat van faillissement verklaard. De Deken verzoekt mr. X om zijn praktijk neer te leggen, aan welk verzoek mr. X geen gevolg geeft.

De Deken legt ambtshalve bezwaren voor tegen mr. X ter zake van de onttrekking van gelden aan het faillissement waarin hij curator

was en ter zake van het voortzetten van de praktijk ondanks een verzoek van de Deken die praktijk neer te leggen.

De Raad acht het bezwaar van de Deken met betrekking tot het voortzetten van de praktijk gegrond, doch legt ter zake geen maatregel op nu hij er begrip voor heeft dat mr. X hieromtrent een andere opvatting had en voor dit vraagstuk geen jurisprudentie voorhanden was. Het tweede bezwaar [dat in de bewerking onbesproken is gebleven, bew.] wordt ongegrond bevonden. De Raad acht het derde bezwaar, omtrent de onttrekking van gelden aan het faillissement waarin mr. X curator was, gegrond en legt ter zake aan mr. X de maatregel van schrapping van het tableau op.

Beslissing van de Raad

De Raad acht het eerste bezwaar van de Deken gegrond, doch legt terzake geen maatregel op.

De Raad wijst het tweede bezwaar van de Deken als ongegrond af. De Raad acht het derde bezwaar van de Deken gegrond en legt terzake mr. X op de maatregel van schrapping van het tableau.

Overwegingen van het Hof

Het Hof onderschrijft het oordeel van de Raad dat het in artikel 16 – thans artikel 16 lid 1 – van de Advocatenwet voorziene rechtsgevolg in verband met het bepaalde in artikel 2 van de Verordening op de Praktijkvennootschap – thans artikel 3 lid 1 aanhef en sub a van de Verordening op de Praktijkrechtspersoon – ook intrad in het geval dat een praktijkvennootschap waarvan een advocaat direct of indirect de enig aandeelhouder en bestuurder was, in staat van faillissement werd verklaard. Een meer restrictieve opvatting strookt niet met het doel van genoemde bepalingen: het waarborgen van het vertrouwen in de advocatuur.

Aan voormeld oordeel doet in casu niet af dat de praktijkvennootschap van mr. X met anderen deel heeft uitgemaakt van een samenwerkingsverband van advocaten en dat bij de leiding daarvan meerderen waren betrokken. Daargelaten dat deze omstandigheden niet zonder meer de conclusie rechtvaardigen dat andere participanten in het samenwerkingsverband (mede) debet zijn geweest aan de faillietverklaring van de praktijkvennootschap, artikel 16 lid 1 van de Advocatenwet verbindt aan het intreden van het daarin geregelde rechtsgevolg niet de voorwaarde dat de advocaat die in staat van faillissement wordt verklaard schuld heeft aan het ontstaan van de faillissementstoestand.

De Deken en mr. X geven in hun correspondentie een tegengesteld antwoord op de vraag of mr. X ten gevolge van de faillietverklaring van diens praktijkvennootschap van rechtswege in de uitoefening van de praktijk was geschorst. Verder dient ervan uitgegaan te worden dat omtrent een dergelijke vraag geen jurisprudentie bestond. Een en

ander brengt echter niet zonder meer mee dat aan mr. X in geen enkel opzicht valt te verwijten dat hij ondanks het verzoek van de Deken de praktijk heeft voortgezet. Feiten en omstandigheden die zulks wel zouden meebrengen, zijn niet gesteld of gebleken.

De daarop gerichte grief treft derhalve ook in zoverre geen doel.

[In een tweede grief stelt mr. X aan hem verweten wederrechtelijke toe-eigening van als curator ontvangen gelden aan de orde. Het Hof overweegt dat de in de strafzaak tegen mr. X gebezigde, zeer gedetailleerde, bewijsmiddelen buiten redelijke twijfel stellen dat in 1991 een gedeelte van de door mr. X ontvangen gelden door hem uiteindelijk in privé is ontvangen en nimmer op de faillissementsrekening is gestort, en mr. X in zijn faillissementsverslagen geen melding heeft gemaakt van zijn later voorgedragen stelling dat een derde rechthebbende is op het bedrag in kwestie. De in 1994 gedane betaling acht het Hof tuchtrechtelijk niet relevant, nu het bedrag in kwestie naderhand blijkt te zijn doorbetaald aan een crediteur van de boedel.]

Met zijn laatste grief betoogt mr. X dat naast strafvervolgning ter zake van een bepaald feitencomplex geen plaats is voor een tuchtrechtprocedure ter zake van eenzelfde feitencomplex.

Deze grief wordt verworpen. Het advocatentuchtrecht heeft naast het strafrecht een eigen functie: het waarborgen van een behoorlijke beroepsuitoefening. Opmerking verdient in dit verband dat het gerechtshof mr. X niet de sanctie van ontzetting van het recht het beroep van advocaat uit te oefenen heeft opgelegd.

Beslissing

Het Hof van Discipline, op vorenstaande gronden beslissende:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 8 december 1997 voor zover gegrond is verklaard het laatste deel van het derde onderdeel van het bezwaar van de Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement K;
- verklaart het bezwaar in zoverre alsnog ongegrond;
- bekrachtigt de beslissing op het eerste onderdeel en op de eerste drie volzinnen van het derde onderdeel voor het overige. ●