

## 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. Wisman<sup>1</sup>

# 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

<sup>1</sup> 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 hoofdzak. 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 terugwerken de 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 091 245 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