

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

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

Algemene beginselen

Artikel 6 EVRM

Van Vondel werd als getuige gehoord door de Parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden. Na de enquête werd hij vervolgd en veroordeeld wegens zijn meinedige getuigenis ten overstaan van de enquêtecommissie. In Straatsburg klaagde hij vervolgens, tevergeefs, dat de procedure voor de enquêtecommissie in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM, maar het EHRM oordeelt dat een dergelijke procedure niet op de vaststelling van 'civil rights and obligations' ziet en evenmin een onderzoek naar een 'criminal charge' betreft. Dat neemt niet weg dat het af-

leggen van een meinedige verklaring in een enquêteprocedure een strafbaar feit kan opleveren. Het EHRM acht daarbij van belang dat voor de commissie afgelegde verklaringen niet voor het bewijs in strafzaken mogen worden gebezigd (EHRM 23 maart 2006, *RvdW* 2006, 824 (Van Vondel/Nederland) (nr. 38258/03)).

Toegang tot de rechter

Het recht op toegang tot de rechter is dermate fundamenteel dat, aldus Hof Den Haag 21 december 2005, *NJF* 2006, 154, art. 6 EVRM ertoe kan nopen de bevoegdheidsbepalingen van de Brussel II-Verordening buiten toepassing te laten. In deze zaak ging het om een in Malta woonachtige vrouw die op grond van Brussel II een verzoek tot echtscheiding zou moeten doen bij de Maltese rechter, terwijl de Maltese wet geen echtscheiding kent in die zin dat de Maltese rechter deze niet kan uitspreken, noch naar Maltees recht, noch naar het recht van een andere staat.

Ook als te veel formaliteiten de gang naar de (appel)rechter belemmeren, kan dit een schending opleveren van artikel 6 EVRM. Vergelijk EHRM 6 december 2005, *RvdW* 2006, 146 (Hornacek/Slowakije) (nr. 65575/01); EHRM 6 december 2005, *RvdW* 2006, 147 (Mikulova/Slowakije) (nr. 64001/00); EHRM 10 januari 2006, *RvdW* 2006, 257 (Gruais en Bousquet/Frankrijk) (nr. 67881/01); EHRM 10 januari 2006, *RvdW* 2006, 258 (Teltronic-CATV/Polen) (nr. 48140/99); EHRM 13 april 2006, *RvdW* 2006, 573 (Mouzoukis/Griekenland) (nr. 39295/02) en EHRM 22 juni 2006, *RvdW* 2006, 829 (Diaz Ochoa/Spanje) (nr. 423/03).

De tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces ex art. 6 lid 1

EVRM. Een gebrek aan financiële middelen is geen rechtvaardiging voor een overheid voor niet-uitvoering van een rechterlijke uitspraak. In EHRM 26 september 2006, *NJB* 2006, nr. 2020 (afl. 45/46) (S.G.F.C./Frankrijk) acht het Hof de niet-uitvoering van een rechterlijke uitspraak door een insolvable Franse gemeente niet gerechtvaardigd en in strijd met art. 1 Eerste Protocol. Nu de nationale financiële verhoudingen volgens het Hof niet van belang zijn voor de aansprakelijkheid onder het EVRM, wordt de centrale overheid veroordeeld tot betaling van de vorderingen. Vgl. ook EHRM 8 november 2005, *RvdW* 2006, 57 (Bukhovets/Oekraïne) (nr. 22098/02).

Het recht op toegang tot de rechter strekt er echter niet toe partijen een forum te bieden om een 'schijngeschied' aan voor te leggen. Nu de regelgeving en jurisprudentie geen ruimte laten voor twijfel dat de beide door hen voorgestane wijzen van overdracht leiden tot het gewenste rechtsgevolg, hebben partijen volgens *Rb. Utrecht* 30 november 2005, *JBP* 2006, 59 m.nt. H.W. Wiersma onvoldoende belang bij de procedure in de zin van art. 3:303 BW. De toegang tot de rechter kan door de rechter ook worden ontzegd, wanneer het starten van een procedure in strijd is met een overeenkomst, aldus *Vzr. Rb. Almelo* 11 oktober 2005, *NJF* 2006, 18.

Indien door de regering of met gerechtsmiddelen een compensatiestelsel in het leven wordt geroepen, dan dient dit in overeenstemming te zijn met art. 6 lid 1 EVRM en art. 1 Eerste Protocol. In EHRM 8 juni 2006, *NJB* 2006, nr. 1493 (afl. 34) (Wos/Polen) was het compensatiestelsel voor slachtoffers van vervolging door Nazi-Duitsland volgens het EHRM niet in overeenstemming

Dus ik mag hier, mijnheer de Voorzitter, confesie doen zonder de toorn des Heere te vrezen? Wat zalig.



.....
¹ De auteurs zijn allen advocaat bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn te Den Haag; dit jaar verzorgen zij deze kroniek voor het laatst.

met de eisen van een democratische rechtsstaat, nu de besluiten van de daartoe ingestelde commissies niet konden worden onderworpen aan controle door een onafhankelijke rechter.

Hoor en wederhoor

De eis van hoor en wederhoor brengt mee dat ook op kort voor een zitting overgelegde stukken naar behoren moet kunnen worden gereageerd. Uit HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 m.nt. HJS (Dipasa/Huyton) volgt dat de rechter hierop ambtshalve moet letten indien aard en omvang van de stukken het vermoeden wettigen dat voldoende gelegenheid om te reageren heeft ontbroken. Tot ambtshalve ingrijpen lijkt de rechter evenwel slechts bij uitzondering gehouden. Uit HR 17 februari 2006, NJ 2006, 156, JBPpr 2006, 75 m.nt. A. Knigge, rov. 3.3.2 en 3.4.3 (Life Fit/Life Health) en HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, rov. 3.4.3 (Kecofa/Lancôme) blijkt dat het verstandig is om bij geringe twijfel duidelijk te protesteren tegen de overlegging van stukken.

De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan, aldus art. 25 Rv, maar is ten aanzien van de feiten lijdelijk: hij dient op grond van art. 24 Rv de zaak te onderzoeken en te beslissen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. Dat betekent (ook) dat het de rechter niet vrij staat om zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd, legde de Hoge Raad in HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158, rov. 3.6 nog eens uit: daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen. Andere voorbeelden waarin het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd trad: HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 4.5, HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233, rov. 3.3 en HR 28 april 2006, RvdW 2006, 458, JBPpr 2006, 78 m.nt. H.W. Wiersma, rov. 3.4. Overigens is het leerstuk in eerste aanleg wat

minder ontwikkeld, want indien de appellatant – op zichzelf terecht – aanvoert dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, dan zal de geïntimeerde de betreffende stelling of (rechts)grond van de rechtbank alsnog gauw tot de zijne maken en deze daarmee binnen het strijdperk trekken.

In een verstekzaak staat ter beoordeling of de vordering onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Indien de rechter met het oog hierop nodig acht dat nadere stukken worden overgelegd, dienen deze volgens Hof Leeuwarden 30 november 2005, NJF 2006, 212 niet te worden opgevraagd bij griffiersbrief, maar bij tussenvonnissen. Nu het hier in feite om een rechterlijk bevel ex art. 22 Rv gaat, komt dit oordeel juist voor.

Voor de Nederlandse rechter wordt in de Nederlandse taal geprocedeerd. De vordering tegen een gedaagde die ook na aandringen van de griffier volstond met een in de Duitse taal gestelde conclusie van antwoord, werd door Ktr. Utrecht 14 december 2005, Prg. 2006, 121 als onvoldoende weersproken toegewezen.

Redelijke termijn

Tegen een (dreigende) overschrijding van de redelijke termijn moet een effectief rechtsmiddel openstaan. Daarvan is sprake indien het rechtsmiddel kan worden gebruikt óf om de procedure te versnellen óf om de partij van een adequate schadevergoeding voor ontstane vertraging te voorzien: EHRM 8 juni 2006, RvdW 2006, 825 (Sürmeli/Duitsland) (nr. 75529/01). Zie ook EHRM 29 maart 2006, NJB 2006, nr. 1070 (afl. 25) (Scordino/Italië).

In de zaak die leidde tot EHRM 29 september 2005, NJB 2006, nr. 212 (afl. 5) (Van Houten/Nederland) stond niet ter discussie dat de redelijke termijn was overschreden en was Nederland bereid om schadevergoeding te betalen. Van Houten ging echter niet akkoord met het aangeboden bedrag en wilde een uitspraak van het EHRM. Het Hof achtte behandeling van de zaak gelet op het aanbod van de Nederlandse staat niet nodig en schrapte de zaak van de rol.

Appel

(zie rechtsmiddelen)

Arbitrage en bindend advies

De weg van arbitrage staat slechts open voor geschillen die ter vrije bepaling van partijen zijn (vgl. art. 1020 lid 3 Rv). In een Antilliaanse zaak oordeelde de Hoge Raad dat dit niet geldt voor de vernietiging van een besluit van een rechtspersoon. Deze staat met het oog op de daaruit zowel voor de rechtspersoon als voor derden voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid niet ter vrije beschikking van partijen (HR 10 november 2006, RvdW 2006, 1055, rov. 3.5 (Spee c.s./Van den Boogaard)).

In de kroniek over 2005 al besproken en ook weinig verrassend: HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, JBPpr 2006, 74, rov. 3.4 bevestigt dat het partijen te allen tijde vrij staat om alsnog medewerking te onthouden aan (of beëindigen van) mediation, die immers op basis van vrijwilligheid plaatsvindt.

Beslag

Het conservatoire verhaalsbeslag strekt ertoe te voorkomen dat de schuldenaar een verhaalsrecht illusoir maakt door hangende een procedure vermogen aan verhaal te onttrekken. Wanneer de schuldenaar een kredietinstelling is die onder toezicht staat van De Nederlandse Bank, dan hoeft daar in redelijkheid niet voor gevreesd te worden. Om die reden weigerde V.zr. Rb. Amsterdam 28 augustus 2006, NJF 2006, 550 het gevraagde verlof.

In sommige gevallen eist de wet dat de schuldeiser aantoonde dat er gegronde vrees voor verduistering bestaat (vgl. art. 711 Rv). Volgens Hof Den Haag 2



maart 2006, *NJF* 2006, 343 gaat het er niet zozeer om dat in het beslagrekest het woord 'gegronde' is gebruikt, als wel om het feit dat feiten en omstandigheden zijn aangetoond waardoor vrees voor verduistering is gerechtvaardigd. Vgl. Hof Den Haag 14 september 2006, *NJF* 2006, 534.

De 'Vormerkung' als bedoeld in art. 7:3 BW behoudt werking bij een beslag op een onroerende zaak, ook wanneer de koopovereenkomst onder een opschortende voorwaarde is aangegaan. Een beslag ten laste van de verkoper ná inschrijving van de koopovereenkomst en vóór vervulling van de voorwaarde kan derhalve niet tegen de koper worden ingeroepen, aldus *Vzr. Rb. Groningen* 21 juli 2006, *NJF* 2006, 420.

De bevoegdheid van de deurwaarder ex art. 446 Rv om tot bewaring over te gaan is beperkt tot het geval waarin hij van oordeel is dat dit nodig is ter behoud van de zaak. In plaats van het wegvoeren van de beslagen zaken kan ook worden overgegaan tot afsluiting van de ruimte waarin de zaken zich bevinden, hetgeen kan resulteren in het stilleggen van een onderneming. Daarvoor is de bevoegdheid ex art. 446 Rv evenwel niet gegeven: *Vzr. Rb. Middelburg* 11 juli 2006, *NJF* 2006, 617.

Derdenbeslag

Wanneer derdenbeslag wordt gelegd, moet de derdebeslagene binnen vier

weken verklaring doen van de vorderingen en zaken die door het beslag zijn getroffen (art. 476a lid 1 Rv). Het is natuurlijk niet de bedoeling dat de beslagene een verschuldigd saldo snel overmaakt en dit bij het invullen van de verklaring buiten beschouwing laat, zoals de notaris deed met een saldo op een kwaliteitsrekening in de zaak die leidde tot *Rb. Haarlem* 11 oktober 2005, Hof Amsterdam 1 juni 2006, *Prg.* 2006, 149. Het kwam hem op een schorsing te staan.

Een rechtshandeling in strijd met de blokkerende werking, zoals die van de hiervoor genoemde notaris, kan tegen de beslaglegger niet worden ingeroepen (art. 475h Rv). Deze waarborg is niet meer dan een lege huls, indien de

derdebeslagene geen verhaal biedt. Omdat *Vzr. Rb. Leeuwarden* 15 augustus 2005, *NJF* 2006, 35 hiervoor vreesde, veroordeelde hij de derdebeslagene tot storting van het bedrag van de beslagen vordering op de derdengeldrekening van zijn advocaat.

Coulance ontmoet evenwel de derdebeslagene die zich vergist bij het invullen van de verklaring. In dat geval is hij niet verplicht conform zijn verklaring af te dragen. Is reeds betaald, dan komt hem een vordering uit onverschuldigde betaling toe jegens de beslaglegger: HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1104, rov. 3.7.1 en 3.7.2 (FIC/Van Lieshout).

Indien de derdebeslagene nalaat tijdig verklaring te doen, wordt hij aansprakelijk voor het bedrag waarvoor het beslag is gelegd (art. 477a Rv). Vanwege dit vergaande gevolg moeten zeer hoge eisen worden gesteld met betrekking tot de formele aspecten wat betreft de betekening van het exploit. *Rb. Almelo* 26 juli 2006, *NJF* 2006, 466 oordeelt in casu betekening aan de feitelijke – niet: de statutaire – plaats van vestiging van een stichting nietig.

Gevolgen beslag

In de zaak-Tripels/Masson (HR 20 september 1991, *NJ* 1992, 552) oordeelde de Hoge Raad dat de beslagene naar analogie van art. 475g Rv gehouden is inlichtingen over zijn inkomen en vermogen op te geven aan zijn schuldeiser. De zaak speelde in de executoriale fase en deed



de vraag rijzen of deze verplichting ook in de conservatoire fase speelt. Vzr. Rb. Den Bosch 14 november 2006, *PrG* 2006, 191 beantwoordt die vraag bevestigend.

Woont de beslagene in het buitenland, dan behoeft geen rekening te worden gehouden met de beslagvrije voet (art. 475e Rv). Een beslagvrije voet kan op verzoek van de beslagene alsnog worden vastgesteld, indien deze aantoont dat onvoldoende middelen van bestaan resteren. Van dit laatste was Ktr. Den Haag 2 maart 2006, *PrG* 2006, 97 niet overtuigd, aangezien het beslag was gelegd ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en een bedrag van 1,1 miljoen euro spoorloos was.

Opheffing beslag

Tot voor kort onbeslist was de vraag of de vordering tot opheffing van een conservatoir beslag zonder meer moet worden toegewezen op de grond dat de vordering, ter verzekering waarvan het beslag is gelegd, door de bodemrechter in eerste aanleg is afgewezen. Indien tegen het vonnis van de bodemrechter hoger beroep is ingesteld, dan luidt het antwoord op deze vraag evenwel ontkennend, aldus HR 30 juni 2006, *RvdW* 2006, 670, *JBP* 2006, 62 m.nt. M.A.J.G. Janssen, rov. 3.4-3.7 (Bijl/Van Baalen). De voorzieningenrechter zal het vonnis wel als omstandigheid mee moeten wegen, maar de door het beslag getroffen zal in de eerste plaats aannemelijk moeten maken dat het beslag niet gerechtvaardigd is. Deze uitkomst is niet unaniem met enthousiasme ontvangen. Zie H.W.B. Thoe Schwarzenberg, *WPNR* (2007) 6697, p. 129-134.

Een conservatoir beslag dient desgevorderd te worden opgeheven, indien voldoende zekerheid wordt gesteld. Hof Amsterdam 18 mei 2006, *NJF* 2006, 426 oordeelde een bankgarantie tot zekerheid van een in kort geding gevorderde voorschotbetaling evenwel onvoldoende, gelet op de beperkte opzet van de kortgedingprocedure. Wanneer het beslag wordt opgeheven omdat partijen buiten rechte overeenkomen dat een bankgarantie wordt gesteld, dan hangt het van de tekst van de bankgarantie af of deze moet worden teruggegeven

als summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 maart 2006, *NJF* 2006, 305.

Geen beslag mag worden gelegd op goederen bestemd voor de openbare dienst (artt. 436 en 703 Rv). Het verbod staat volgens vaste jurisprudentie in de weg aan beslag op de rekening van een ambassade. Aldus ook Vzr. Rb. Den Haag 10 augustus 2006, *NJF* 2006, 527, die tegelijkertijd oordeelde dat het beslag op onroerende zaken van Kenia moest blijven liggen, omdat het beslag de behartiging van publieke taken niet frustreerde(!).

Ook onmogelijk, zo werd al eerder uitgemaakt, is beslag op kredietruimte. Ook het niet-opgenomen gedeelte van een persoonsgebonden budget (PGB) is als 'kredietruimte' te beschouwen, zodat Vzr. Rb. Amsterdam 8 juni 2006, *NJF* 2006, 432 besloot tot opheffing van het beslag daarop.

Voor de fijnproevers een mooi arrest over de opheffing van een scheepsbeslag. Omdat alleen al aan dit arrest een heel artikel gewijd zou kunnen worden, wordt volstaan met een verwijzing: HR 29 september 2006, *RvdW* 2006, 897, rov. 3.4.3 (Northsea Shipping/Westereems).

Bewijs

Bewijslast(verdeling)

De bewijslastverdeling tussen werkgever en (nabestaanden van een) werknemer in het kader van art. 7:658 BW kan uiterst complex zijn, zoals twee arresten met betrekking tot blootstelling aan asbest illustreren. HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354, rov. 3.4.1 en 3.4.2 (Havermans/Luyckx) stipuleert dat de werknemer moet stellen en bewijzen dat hij gedurende zijn werkzaamheden is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door die blootstelling veroorzaakt kunnen zijn. Vervolgens zal de werkgever moeten aantonen dat hij

voldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen. Het tijdsverloop sinds de eventuele schadeorzaak kan meebrengen dat aan dit bewijs geen hoge eisen mogen worden gesteld: HR 17 februari 2006, *RvdW* 2006, 204, rov. 4.8 (Van Buuren/Heesbeen).

Onder omstandigheden wordt een verzwaarde stelplicht aangenomen als tegemoetkoming aan degene op wie de bewijslast rust, bijvoorbeeld ten aanzien van een vermogensbeheerder met zorgplicht jegens de gerechtigden tot het door hem beheerde vermogen. Het is aan het beleid van de feitenrechter overgelaten welke sanctie deze passend acht, wanneer aan de verzwaarde stelplicht niet wordt voldaan. Wel zal het, aldus HR 15 december 2006, *RvdW* 2007, 1, rov. 3.3 (NNEK/Mourik), in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, als vaststaand aanneemt (art. 149 lid 1 Rv), hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust.

In geval van een verzoek tot beëindiging van alimentatie, zal de alimentatiegerechtigde aannemelijk moeten maken dat beëindiging van zo ingrijpende aard is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden gevegd. De alimentatieplichtige heeft de stelplicht en bewijslast ten aanzien van (meestal) zijn financiële omstandigheden. Zie HR 29 september 2006, *NJ* 2006, 535, rov. 3.5.2.

Het louter bestaan van bewijsnood is onvoldoende voor omkering van de bewijslast. Indien de bewijsnood is ontstaan door toedoen van de wederpartij, kunnen redelijkheid en billijkheid een omkering meebrengen. Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78, *JBP* 2006, 44 m.nt. A.S. Rueb, (B/Interpolis) rov. 3.5.5 en 3.11, waarin de verzekeraar geen bewijs kon leveren van een onjuiste opgave van de verzekerde, doordat deze haar artsen had laten weten dat zij bezwaar had tegen schending van hun geheimhoudingsplicht. In dat geval

sauveerde de Hoge Raad de omkering van de bewijslast ten gunste van de verzekeraar.

Bewijsaanbod

Staannde jurisprudentie is dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet gespecificeerd hoeft te worden. Evenmin is nodig dat bij een bewijsaanbod met zoveel woorden wordt vermeld dat het (ook) tegenbewijs betreft: HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1041, rov. 3.5.

Bewijsmiddelen

Vonnissen van de Nederlandse strafrechter hebben ingevolge art. 161 Rv dwingend bewijs op van het feit dat iemand het desbetreffende strafbare feit heeft begaan. Deze regel geldt niet voor een vonnis van de Duitse strafrechter, waaraan slechts vrije bewijskracht toekomt: Rb. Arnhem 30 november 2005, *NJF* 2006, 160.

Getuigenbewijs

Uitgangspunt is dat eenieder verplicht is om getuigenis af te leggen (art. 165 lid 1 Rv). De twee belangrijkste uitzonderingen hierop zijn het familiaal en het functioneel verschoningsrecht (art. 165 lid 2 Rv). Ook de echtgenote van een statutair directeur en enig aandeelhouder van een procespartij komt een beroep op het familiaal verschoningsrecht toe: Hof Amsterdam 9 februari 2006, *NJF* 2006, 328.

Functioneel verschoningsgerechtigd is onder meer de notaris. Het verschoningsrecht betreft de wetenschap die de verschoningsgerechtigde in zijn ambt, beroep of betrekking is toevertrouwd. In beginsel is het aan de verschoningsgerechtigde om te beoordelen of dit het geval is. Notarissen treden niet zelden op als vertrouwenspersoon voor twee of meer partijen tegelijk. Indien onverhoopt een geschil rijst, ligt een beroep op het verschoningsrecht in de rede. Dit beroep wordt evenwel niet zonder meer gehonoreerd, indien het nu juist de bedoeling was dat de notaris een mededeling van de ene partij zou doorgeven aan de andere partij met het oog op de vastlegging van de door partijen bereikte overeenstemming (HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 480 m.nt. G.R. Rutgers,

JBP 2006, 42 m.nt. F.J. Fernhout, rov. 3.4-3.7 (Kuijper/De Wit en Feikema)). Vergelijk ook HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 (Notaris Van Eijck).

Journalisten hebben geen wettelijk verschoningsrecht, maar uit art. 10 lid 1 EVRM vloeit voor een journalist in beginsel het recht voort zich te verschonen van het beantwoorden van een vraag indien hij daardoor het bekend worden van zijn bron zou riskeren. Dit lijdt uitzondering wanneer de rechter van oordeel is dat openbaring van die bron,



in de bijzondere omstandigheden van het geval, in een democratische samenleving noodzakelijk is met het oog op de in art. 10 lid 2 EVRM bedoelde belangen (HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578). In de zaak die leidde tot Hof Den Haag 27 juli 2006, *NJF* 2006, 450, oordeelde het Hof dat het belang van verzoeker om gegevens te verkrijgen om de Staat in rechte te kunnen betrekken niet kon opwegen tegen het zwaarwegende publiek belang van bescherming van journalistieke bronnen. Zie met dezelfde uitkomst: Hof Den Bosch 11 juli 2006, *NJF* 2006, 475.

Deskundigenbewijs

Een deskundige moet zijn onpartijdigheid ten opzichte van partijen bewaren. Om die reden is het wenselijk dat een deskundige partijen in elkaars aanwezigheid hoort. Hoewel dit in HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 niet als rechtsplicht is aangemerkt, noemt de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' het 'essentieel dat u [de deskundige] in het oog houdt dat u niet met een partij spreekt of correspondeert zonder dat u de wederpartij de gelegenheid biedt

bij het gesprek te zijn of zonder de wederpartij een kopie van uw brief, fax of e-mail te zenden' (par. 5.2). Als een gesprek in aanwezigheid van beide partijen (echt) onmogelijk blijkt, is het ter voorkoming van een ongelijkheid in de procespositie wenselijk dat voor de ene partij voldoende kenbaar is wat door de andere partij met de deskundige besproken is. Daaraan schortte het in de zaak die leidde tot Rb. Arnhem 12 oktober 2005, *NJF* 2006, 81, waarin de deskundige zich in zijn rapport bovendien niet had laten leiden door de door de rechtbank vastgestelde uitgangspunten. De rechtbank oordeelde het om die reden niet opportuun om de deskundige om een nadere toelichting te vragen en besloot tot benoeming van een nieuwe deskundige.

Als een deskundigenrapport, dat de rechter eerder noodzakelijk achtte om het antwoord op bepaalde vragen te kunnen geven, niet bruikbaar blijkt, zal de rechter die vraag alsnog moeten beantwoorden en zijn beslissing dienangaande voldoende motiveren in het licht van het tussen partijen gevoerde debat. Zie HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493, rov. 3.8 (Timans/Haarsma en Agricola).

Appel tegen de benoeming van een deskundige is uitgesloten (art. 194 lid 2 Rv), tenzij de jurisprudentie inzake de doorbreking van rechtsmiddelenverboden van toepassing is (HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 Enka/Dupont). Hof Den Bosch lijkt hierin een weinig vaste koers te varen. In Hof Den Bosch 9 augustus 2005, *JBP* 2006, 68, rov. 4.2.3 m.nt. E.F. Groot betwijfelt het Hof nog of deze jurisprudentie van toepassing is, terwijl een beroep op doorbreking zonder meer inhoudelijk werd beoordeeld in Hof Den Bosch 22 november 2005, *JBP* 2006, 69 m.nt. E.F. Groot. In deze laatste beslissing oordeelt het Hof dat het benoemen van een deskundige die voorkomt op het 'lijstje' van een van de partijen geen grond voor doorbreking van het appelverbod wegens partijdigheid oplevert.

De eisende partij dient in de regel de kosten van het deskundigenbericht voor

te schieten, tenzij de omstandigheden van het geding erop wijzen dat een andere verdeling geïndiceerd is (art. 195 lid 1 Rv). Te denken valt aan de situatie dat de laedens zijn aansprakelijkheid heeft erkend en het deskundigenbericht slechts strekt tot het vaststellen van de hoogte van de schade, zoals regelmatig voorkomt in letselschadezaken. De situatie deed zich ook voor in Rb. Rotterdam 1 maart 2006, *JBPr* 2006, 58 m.nt. E. F. Groot, maar daarin legde de rechtbank de (eisende) gelaedeerde niettemin de verplichting tot betaling van het voorschot op. Deze liet dit na, waarop de rechter overeenkomstig het bepaalde in art. 196 lid 2 Rv daaruit de gevolgtrekking maakte die hij geraden achtte. Eiser zag vervolgens een groot deel van zijn vordering afgewezen worden. Iets vergelijkbaars dreigt indien medewerking aan een deskundigenbericht wordt geweigerd (zie art. 198 lid 3 Rv; Rb. Den Bosch 7 juni 2006, *NJF* 2006, 629), ook indien de weigering is ingegeven door twijfels over de onpartijdigheid van de deskundige.

Voorlopig getuigenverhoor

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan onder meer worden gedaan aan de rechter die vermoedelijk bevoegd zou zijn om van de hoofdzaak kennis te nemen (art. 187 lid 1 Rv). Wanneer zo'n verzoek hangende een procedure wordt gedaan (art. 186 lid 2 Rv), kan dit ook de appelrechter zijn. Tegen deze achtergrond verwees de Maastrichtse rechtbank een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor naar het Bossche hof, waar een dagvaardingsprocedure aanhangig was met betrekking tot een samenhangend (maar niet hetzelfde) feitencomplex. Het hof wees de zaak echter *linea recta* terug (Hof Den Bosch 8 februari 2006, *NJF* 2006, 320). Art. 285 Rv inzake de verwijzing en voeging van *verzoekschrift* procedures lijkt een verwijzing naar een hogere rechter weliswaar mogelijk te maken (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 23 februari 1984, *NJ* 1984, 715), maar hier was een *dagvaardings* procedure aanhangig.

Ook wanneer tussen partijen een arbitragebeding geldt, maar nog geen arbiters zijn benoemd, kan een verzoek tot

een voorlopig getuigenverhoor worden ingediend (art. 1022 lid 3 Rv). Analoge toepassing ligt voor de hand indien partijen zijn overeengekomen een bindend adviesprocedure te zullen volgen. Aldus ook Hof Den Bosch 26 september 2005, *JBPr* 2006, 35 m.nt. R. M. van Opstal.

Niet toewijsbaar achtte Rb. Almelo 19 oktober 2005, *NJF* 2006, 7, rov. 5 het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor met betrekking tot feiten waarvan de verzoeker reeds wetenschap had en die bovendien door de wederpartij niet betwist waren. Het enige, doch in rechte niet te respecteren, belang dat verzoeker nog had bij het verzoek was het achterhalen van de commerciële bedrijfsstrategie van zijn wederpartij.

Verklaringen die in het kader van een voorlopig getuigenverhoor zijn afgelegd, hebben dezelfde bewijskracht als verklaringen die op de gewone wijze in een aanhangig geding zijn afgelegd (art. 192 lid 1 Rv). In art. 192 lid 2 Rv is bepaald dat dergelijke verklaringen buiten beschouwing kunnen worden gelaten, als niet alle partijen bij het voorlopig getuigenverhoor aanwezig waren. De rechter is daartoe echter niet gehouden (HR 9 december 2005, *NJ* 2006, 560, rov. 3.9 en 3.11). Dit laat uiteraard onverlet dat de rechter de afwezigheid van één van partijen mee kan wegen bij de waardering van het bewijs.

Voorlopig deskundigenbericht

Het staat de rechter vrij om al dan niet een deskundigenbericht te gelasten (art. 194 lid 1 Rv). Deze discretionaire bevoegdheid ontbreekt, indien wordt verzocht om een *voorlopig* deskundigenbericht. De afwijzingsgronden zijn dan beperkt (vgl. HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442). Hof Leeuwarden 1 november 2006, *NJF* 2006, 577 leidt daaruit af dat het de rechter in eerste aanleg niet vrijstaat om de in het verzoekschrift opgestelde vragenlijst aan te vullen met vragen die verweerder heeft voorgesteld. Verweerder had, aldus het Hof, een zelfstandig verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht moeten indienen. Die gevolgtrekking lijkt niet juist. Partijen worden zo gestimuleerd

steeds een eigen verzoek met bijbehorende vragenlijst in te dienen. De vraag rijst welke meerwaarde een voorlopig deskundigenbericht dan nog heeft ten opzichte van het rapport van een partijdeskundige. De proceseconomie wordt hiermee niet gediend. De benadering van het Hof miskent bovendien de toepasselijkheid van de bepalingen omtrent het deskundigenbericht – op grond waarvan de rechter de vraagstelling bepaalt (art. 194 lid 1 Rv) – ten aanzien van het voorlopig deskundigenbericht (art. 205 lid 1 Rv) en de modelering van de laatste naar de wettelijke regeling van het voorlopig getuigenverhoor. Ter vergelijking: ondenkbaar is dat slechts de verzoekende partij vragen zou mogen stellen bij een voorlopig getuigenverhoor.

Deskundigenbewijs in medische kwesties

Zeer actueel is de discussie over de vraag over welke medische gegevens een deskundige moet kunnen beschikken bij het uitbrengen van een medisch deskundigenbericht en in hoeverre (al) deze informatie ook moet worden verstrekt aan partijen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om medische informatie met betrekking tot de periode voor het schadeveroorzakende feit, waaruit bijvoorbeeld de predispositie van de gelaedeerde kan worden afgeleid. In deze gevallen moet het privacybelang van de gelaedeerde worden afgewogen tegen het belang van 'equality of arms'. De teneur in de lagere rechtspraak lijkt te zijn dat doorslaggevend gewicht wordt toegekend aan het belang van een gelijkwaardige informatiepositie van de verzekeraar en het slachtoffer van een ongeval, zodat de medische gegevens ook aan de medisch adviseur van de verzekeraar moeten worden verstrekt (Rb. Amsterdam 27 oktober 2005, *NJF* 2006, 44; Rb. Alkmaar 22 december 2005, *NJF* 2006, 310 en Rb. Rotterdam 29 maart 2006, *NJF* 2006, 314). Rb. Amsterdam 28 december 2005, *NJF* 2006, 262 kiest een tussenweg door de verzekerde te verplichten haar medisch dossier wél aan de medisch adviseur van de verzekeraar ter beschikking te stellen, maar níét aan diens advocaat. Of dit effectief uitpakt, lijkt overigens zeer de vraag. Een genu-

In dit geval vind ik het van belang om te weten wat uw medische situatie was voordat u uw linker arm brak...



anceerd geluid laat Hof Arnhem 27 juni 2006, *NJF* 2006, 416 horen, te weten dat inzage slechts moet worden verschaft in de gegevens die de deskundige aan zijn rapport ten grondslag heeft gelegd en dus niet in de gegevens die daarin niet zijn betrokken. Over enkele vergelijkbare zaken is inmiddels een cassatieprocedure aanhangig. Naar verwachting zal de Hoge Raad daarin in de loop van 2007 een beschikking geven.

Bij bepaalde klachtencomplexen doet zich het probleem voor dat er verschillende stromingen in de medische beroepsgroep zijn. Zo zijn er artsen die wél en artsen die niet in whiplashletsel 'geloven'. De discussie over de benoeming van een deskundige kan in dergelijke zaken hoog oplopen. Omdat de mogelijkheden om bezwaar te maken tegen de benoeming van een deskundige beperkt zijn, verzocht de verzekeraar in de zaak die leidde tot Hof Den Bosch 9 mei 2006, *NJF* 2006, 406 hangende een appelprocedure om een (tweede) voorlopig deskundigenbericht, terwijl reeds een (eerste) voorlopig deskundigenbericht voorhanden was. Volgens het Hof stonden zwaarwichtige gronden in de weg aan de toewijzing van dit verzoek en was dit in overwegende mate ingegeven door de verwachting dat de nieuwe deskundige het causaal verband anders zou waarderen. Intrigerend is

dat de bezwaren van de verzekeraar zich in deze zaak richtten op een rapport van een deskundige die in Hof Den Bosch 22 november 2005, *JBPr* 2006, 69 m.nt. E.F. Groot door de gelaedeerde nog 'slachtofferonvriendelijk' werd genoemd.

Competentie

Maatstaf voor het vaststellen van de absolute competentie is de grondslag van de vordering zoals die blijkt uit de dagvaarding door de eiser is ingesteld, ook indien in de loop van het geding blijkt dat de werkelijk bestaande rechtverhouding een andere is, zo bevestigt HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80, rov. 3.3 (aldus al HR 8 juli 1993, *NJ* 1993, 689 over art. 157 (oud) Rv).

Wat de rechter ook beslist ten aanzien van een beroep op relatieve onbevoegdheid, partijen – en de rechter waarnaar de zaak bij honorering van het beroep wordt verwezen – zullen het met die uitkomst moeten doen. Art. 110 lid 3 Rv laat hier geen misverstand over bestaan (vgl. ook art. 71 lid 5 Rv). Een uitzondering geldt slechts indien de rechter zich tevens absoluut onbevoegd verklaart. Dit weerhoudt partijen er op zichzelf niet van te appelleren van een onwel-

gevallige beslissing met een beroep op de doorbrekingsjurisprudentie. Het is echter de vraag of die van toepassing is op beslissingen omtrent relatieve competentie. Hof Amsterdam 5 januari 2006, *JBPr* 2006, 66 lijkt van oordeel dat dit in beginsel wel het geval is, maar annotator F.J.H. Hovens acht dit onwenselijk. Uiteindelijk is niet wezenlijk voor de organisatie en het functioneren van de rechtspleging wáár de zaak wordt behandeld. Verwijzingsperikelen leiden bovendien tot kosten en vertraging, zoals ook de regering al opmerkte in de memorie van toelichting (*PG NRV*, p. 228).

Pachtkamers behoren, anders dan vóór 1 januari 2002, tot de rechterlijke macht (art. 2 jo. 48 lid 2 en 69 RO). Indien een pachtzaak is aangebracht bij een onbevoegde rechter, of een niet-pachtzaak bij de pachtrechter, geldt het bepaalde in de art. 72-74 Rv, aldus HR 28 april 2006, *NUJ* 2007, 89, *JBPr* 2006, 61 m.nt. J.G.A. Linssen, rov. 3.3.2, 3.4.3 en 3.4.4 (Van der Wal/Gemeente Franekeradeel). De vraag of tegen de verwijzing een hogere voorziening openstaat, moet in aansluiting op het bepaalde in art. 71 lid 5 Rv ontkennend worden beantwoord.

Internationale rechtsmacht

Bij pluraliteit van gedaagden geldt op grond van art. 7 Rv een bijzondere regel voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Als de Nederlandse rechter bevoegd is ten aanzien van één van de gedaagden, dan vloeit daaruit rechtsmacht ten aanzien van de overige gedaagden voort, mits een zodanige samenhang bestaat dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Indien over een deel van de vorderingen reeds is geoordeeld door een buitenlandse rechter, is twijfelachtig of aan dit laatste vereiste is voldaan. In Rb. Utrecht 9 augustus 2006, *NJF* 2006, 633 verklaarde de rechtbank zich onbevoegd om van de vordering tegen de Amerikaanse moeder (van de Nederlandse dochter) kennis te nemen. In die zaak was overigens wel duidelijk waarom eiser zijn geluk niet bij de Amerikaanse rechter beproefde: in de VS was na diverse procedurele verwickelingen een verbod uitgesproken jegens eiser

om nog tegen de Amerikaanse moeder te procederen en bij binnenkomst van de VS wachtte eiser wegens overtreding van een ander rechterlijk verbod een boete van \$1.000.000.

Tal van vragen naar de rechtsmacht van de Nederlandse rechter speelden in de zaak die leidde tot Hof Den Bosch 21 september 2006, *NJF* 2006, 575. Hier ging het om een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor naar de gang van zaken binnen een Nederlandse vennootschap. De twee verweerders, Luxemburgse aandeelhouders in de Nederlandse vennootschap, deden een beroep op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Het Hof vond echter een aanknopingspunt voor rechtsmacht in art. 5 lid 3 EEX-Vo en 22 lid 2 EEX-Vo.

Artikel 6 EVRM kan een in een verdrag neergelegde regel van rechtsmacht opzietten, indien de toegang tot de rechter door toepassing van deze regel in het gedrag zou komen. Zie ook 'Algemene beginselen'.

Op grond van het volkenrechtelijk gewoonterecht heeft de Nederlands rechter geen rechtsmacht over vreemde staten in geschillen over typisch overheidshandelen ('acta iure imperii', de tegenhanger van 'acta iure gestionis'). Deze immuniteit van rechtsmacht geldt ook indien voorwerp van geschil de aanstelling van een consulaire ambtenaar is, zelfs als die bij het UWV verzekerd is tegen arbeidsongeschiktheid. Zie Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, *NJF* 2006, 291 (vgl. art. 13a Wet algemene bepalingen en het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen).

Dagvaarding

Betekening

Gelet op de vele onduidelijkheden en de nodeloze rompslomp die zij met zich meebrengt kan de EG-Betekenningsverordening als een mislukt stuk regelgeving worden aangemerkt. De beoogde verbetering en versnelling van de betekening lijken hier niet door bereikt. Het

zou mooi zijn als er op korte termijn reparatiewetgeving zou komen (zoals het hierna te noemen gewijzigde art. 56 lid 3 Rv). In de tussentijd hebben advocaten en rechters het er maar druk mee en blijft oplettendheid geboden.

Een belangrijk bezwaar van de EG-Betekenningsverordening is dat zij verplicht om na betekening van de appel- of cassatiedagvaarding bij de procureur in vorige instantie vervolgens binnen veertien dagen ook nog aan de buitenlandse partij zelf te betekenen. Dit wordt vaak vergeten. Het gevolg van zodanig verzuim is ingevolge HR 17 januari 2003, *NJ* 2003, 113 dat geen verstek kan worden verleend (evenzo HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 24, Hof Den Bosch 4 juli 2006, *NJF* 2006, 547). Maar wat als de wederpartij bij procureur verschijnt louter om de geldigheid van de betekening te betwisten? Het Hof Amsterdam heeft in drie arresten (door drie verschillende kamers geweest) geoordeeld dat het appel alsdan niet-ontvankelijk is (Hof Amsterdam 23 februari 2006, *NJF* 2006, 304, 1 juni 2006, *NJF* 2006, 532, *JBPr* 2006, 85 m.nt. Freudenthal, en 7 december 2006, *LJN* AZ9243), doch in een vierde arrest achtte hetzelfde Hof in andere samenstelling appellante wél ontvankelijk (Hof Amsterdam 29 juni 2006, *NJF* 2006, 473, *JBPr* 2006, 86), evenals eerder het Hof Den Haag 31 januari 2006, *NJF* 2006, 168, *JBPr* 2006, 46 m.nt. G.S.C.M. van Roeyen. De laatste benadering spreekt aan, nu zij aansluit bij de regeling van art. 122 Rv; hopelijk weet de minderheid van Amsterdamse raadsheren de meerderheid te overtuigen. Freudenthal wijst in haar noot bij *JBPr* 2006, 85 erop dat art. 56 lid 3 Rv sedert de Veegwet tevens betekening door verzending per post toelaat: een nuttige wenk voor de praktijk.

Men kan er gelet op de bestaande onduidelijkheden voor kiezen om voorzichtigshalve beide toegestane wijzen van betekening (verzending per post en door tussenkomst van instanties) tegelijk toe te passen. In *HvJEG* 9 februari 2006, nr. C-473/04, *RvdW* 2006, 406 (Plumex/Young Sports) is geoordeeld dat bij zodanige dubbele betekening van een vonnis de appelter-

mijn begint te lopen op de datum van de eerste geldige betekening. Hieruit valt af te leiden dat bij een dubbele betekening van een appeldagvaarding ook reeds de eerste geldige betekening het beoogde gevolg heeft.

In een genuanceerd arrest oordeelt het Hof Den Bosch 30 mei 2006, *NJF* 2006, 607 dat dagvaarding aan de huurwoning (tevens adres volgens de GBA) van een gedetineerde geldig is en geen misbruik van bevoegdheid inhoudt, mede gelet op de onzekerheid of de detentie nog voortduurde en het feit dat gedetineerde inmiddels maatregelen had kunnen treffen voor doorzending van post en dergelijke. Wellicht weegt mee dat het geschil juist ontbinding van de huurovereenkomst betreft; daarnaast heeft gedaagde in verzet alsnog zijn standpunt kunnen bepleiten.

Door de oplettendheid van Ktr. Deventer 21 september 2006, *Prg* 2006, 166 (wellicht ingegeven door afwijkende vermeldingen op de dagvaarding?) is niet onopgemerkt gebleven dat een

bajesklanten geven nooit thuis,
en zijn nooit thuis – dus ik
zeg ze altijd meteen de huur op...



aangebrachte dagvaarding was 'bete-kend' door een persoon die géén deur-waarder is. Wegens het niet-voldoen aan het vereiste van art. 45 lid 1 Rv werd zij derhalve nietig verklaard, met veroorde-ling van eiser in de kosten.

Gebreken en herstel mogelijkheden

HR 1 september 2006, *NJ* 2006, 481 betreft een zaak waarbij de cassatiedag-vaarding (correct) bij de procureur in vorige instantie was uitgebracht, maar abusievelijk niet de woonplaats van de gedaagde curator doch de vestigings-plaats van de failliete B.V. was vermeld. Ofschoon de curator bij brief had laten weten dat hij zich niet zou stellen, en deze brief aan de Hoge Raad was toege-zonden, zag de Hoge Raad geen moge-lijkheid om het bevelen van een herstel-exploot achterwege te laten nu de wet daar geen ruimte toe biedt.

Eenzelfde strikte toepassing van de wet biedt HR 1 september 2006, *RvdW* 2006, 779. Eiser tot cassatie had domicilie gekozen bij zijn cassatieadvocaat in Wassenaar. Wassenaar ligt niet in de ge-meente Den Haag (doch wel in het res-sort, zodat de advocaat bevoegd was in cassatie op te treden ex art. 407 lid 3 Rv). De A-G had daarom tot nietigheid van de dagvaarding geconcludeerd, maar de Hoge Raad wijst er fijntjes op dat sinds de Veegwet Rv domicilie gekozen kan worden in geheel Nederland, niet slechts in de gemeente van het aange-zochte gerecht. Overigens volgt uit art. 407 lid 4 Rv nog wel dat in de gemeente Den Haag domicilie gekozen moet wor-den indien niet bij de cassatieadvocaat domicilie wordt gekozen.

Een verzuim om de dagvaarding vóór de aangezegde dag te doen inschrijven kan worden hersteld bij herstel-exploot bin-nen veertien dagen (art. 125 lid 4 Rv). Er hoeft geen reden voor het verzuim te worden opgegeven. Hof Den Bosch 20 juni 2006, *JBP* 2006, 87 m.nt. G. van Rijsen, onderscheidt hiervan evenwel de inschrijving gevolgd door intrekking van de dagvaarding. Zodanige intrek-king leidt ertoe dat geen sprake meer is van een voor herstel vatbaar verzuim om de dagvaarding te doen inschrijven. In casu leidt dit tot verval van het ver-

zet. De intrekking hield verband met het uitblijven van betaling van de decla-ratie van de advocaat. In de noot wordt er terecht op gewezen dat de advocaat zijn incasso derhalve dient te regelen vóór hij de dagvaarding inschrijft. Zo-nodig zou op een ruimere termijn kun-nen worden gedagvaard.

Een restrictieve uitleg van art. 61 Rv geeft Hof Amsterdam 10 november 2005, *NJF* 2006, 165: anoniem dagvaar-den van krakers is niet mogelijk indien met die krakers gebruiksovereenkom-sten zijn gesloten, nu het dan gebrui-kers krachtens 'een persoonlijk recht' betreft. De uitspraak lijkt juist gelet op het uitzonderlijke karakter van art. 61 Rv.

Indien de gronden van de eis in de dag-vaarding niet duidelijk zijn, is er sprake van een obscuur libel dat tot nietigheid, niet-ontvankelijkheid, of afwijzing van de vordering kan leiden. Het is daarvoor voldoende dat gedaagde wijst op het ontoereikende van de gronden, hij heeft geen recht – ook niet ex art. 22 Rv – om te doen gelasten dat eiser verduidelij-king geeft (Rb. Den Haag 9 augustus 2006, *NJF* 2006, 540).

Eiswijziging

(zie wijziging van eis)

Executie

Executiesgeschil

Als de rechter zijn beslissing niet uit-voerbaar bij voorraad heeft verklaard, kan dit alsnog bij wege van incidentele vordering worden verzocht na appel door de wederpartij. Art. 234 Rv schrijft voor dat dit bij de appelrechter moet worden gevorderd. Volgens het Hof Leeuwarden 31 mei 2006, *NJF* 2006, 513, oordelend in appel, kan de uitvoer-baarheid eveneens door de voorzienin-genrechter in kort geding worden uit-gesproken, zodat de tegen die uitspraak gerichte appelgrief faalt. Het lijkt nochtans wenselijk dat één rechter over

de uitvoerbaarverklaring en de schor-sing daarvan oordeelt, bij voorkeur de rechter die ook het materiële oordeel geeft. Voor schorsing hangende de cas-satieprocedure moet echter een execu-tiesgeschil bij de voorzieningenrechter aanhangig worden gemaakt (HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 130). In lijn daarmee is het niet volkomen onbegrijpelijk dat het Hof dan ook voor het eerste de kort-gedingrechter bevoegd acht. Toch is het wenselijk dat de kort-gedingrechter terughoudend is, indien er een andere bevoegde rechter is. Beter is dan ook Vzt. Rb. Dordrecht 13 april 2006, *NJF* 2006, 336 waarin de rechter zich niet bevoegd verklaart in een executiesgeschil nu er een arbitraal beding is overeengekomen dat ook een regeling voor spoedgeschil-len en voorlopige voorzieningen bevat. Gelet op de wisselende jurisprudentie zou de wettelijke regeling bij voorkeur moeten worden aangepast om een een- duidige regeling te geven.

Van Swaaij heeft onlangs betoogd (*NJB* 2006, p. 1856) dat een concurrentiebe-ding niet in een executiesgeschil (kort geding) mag worden geschorst. Hij richt zich tegen een bestendige praktijk die dit wel toelaat. In Ktr. Leeuwarden 23 december 2005, *NJF* 2006, 276 geeft de kantonrechter zich uitdrukkelijk rekenschap van het feit dat zodanige schorsing in wezen een (tijdelijke) con-stitutieve beslissing is, waar in dat geval evenwel toch grond voor is.

Dwangsom

Het Benelux Gerechtshof heeft bij uit-spraak van 24 oktober 2005, *NJ* 2006, 501 (Belgische Staat/De la Fuente) aangegeven dat het verbod om een dwangsom te stellen tot terugbetaling van een geldsom ook van toepassing is op de terugbetaling van een geldsom als gevolg van opheffing van een bewarend beslag onder derden. Deze beslissing verbaast niet. De oorsprong van de ver-oordeling tot zodanige terugbetaling is irrelevant nu de ratio van het verbod is dat voldoening aan een betaling kan worden verkregen door rechtstreekse executie. Zie kritisch over dit verbod overigens Beekhoven van den Boezem, diss. 2007.

Vanwege de korte verjaringstermijn van zes maanden is de verjaring van dwangsommen betrekkelijk snel aan de orde. Het lijkt erop dat rechters daarom ook snel aannemen dat de verjaring is gestuit. Het Hof Amsterdam neemt bij arrest van 24 november 2005, *NJF* 2006, 209 aan dat de verjaring van een bestuurlijke dwangsom is gestuit door de toezending van een acceptgiro, wat dus als een daad van invordering wordt aangemerkt. In Hof Amsterdam 22 september 2005, *NJF* 2006, 15 wordt aangenomen dat executoriaal derdenbeslag ter zake van de verbeurde dwangsommen, gevolgd door een executiegeschil door de schuldenaar, de verjaring stuit. In Rb. Haarlem 28 december 2005, *NJF* 2006, 108 was een bankgarantie gesteld om executie maatregelen te voorkomen totdat definitief was beslist over de verschuldigdheid van de dwangsommen. De rechtbank oordeelt dat de schuldeiser daardoor mocht vertrouwen dat (tijdelijk) afstand was gedaan van het recht om een beroep te doen op verjaring. Dit is in zoverre opmerkelijk dat men doorgaans aanneemt dat niet bij voorbaat afstand mag worden gedaan van verjaring; nochtans spreekt de beoordeling aan (bevestigend over afstand bij voorbaat van verjaring in het algemeen: Van Swaaij, *NJB* 2006, p. 1624). De rechtbank heeft wellicht daarom ten overvloede overwogen dat er sprake is van rechtsverwerking.

Exequatur

Wellicht niet alom bekend is dat ook een authentieke akte een executoriale titel is die op voet van art. 430 Rv ten uitvoer kan worden gelegd. Art. 50 EEX en art. 57 EEX-Vo breiden dit uit tot buitenlandse authentieke akten, behoudens voor zover tenuitvoerlegging in strijd met de openbare orde komt. In Rb. Amsterdam 10 augustus 2005, *NJF* 2006, 8 was een exequatur van een Duitse notariële akte houdende een schuldbekekenis aan de orde. In het verzet tegen het exequatur beriep de opposant zich dan ook ten onrechte op art. 27 EEX, dat ziet op buitenlandse rechterlijke beslissingen. De rechter las dit ambtshalve als een beroep op de openbare orde ex art. 50 EEX, welk beroep faalde.

Een verzet tegen een exequatur was aan de orde in Rb. Dordrecht 24 mei 2006, *NJF* 2006, 359. Daar werd als grond aangevoerd dat de facturen die ten grondslag lagen aan het Belgische vonnis vals zouden zijn. Nu die valsheid niet pas na dat vonnis aan het licht is gekomen is geen sprake van nieuwe feiten of omstandigheden noch van strijd met de openbare orde. De valsheid van de facturen wordt nader in België onderzocht.

De tenuitvoerlegging van een vonnis uit een land waar Nederland geen executieverdrag mee heeft gesloten kan geschieden ex art. 431 lid 2 Rv. Hoewel dit formeel een volledige nieuwe behandeling inhoudt, kan dit de facto neerkomen op een afstandelijke toetsing vergelijkbaar aan een gewone exequaturprocedure (vgl. HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348 en 350). Rb. Middelburg 5 april 2006, *NJF* 2006, 517 biedt een voorbeeld: het betrof daar een Amerikaans vonnis.

Exhibitieplicht

Veel is te melden over art. 843a Rv. De Hoge Raad heeft bij arrest van 6 oktober 2006, *NJ* 2006, 547, *JBPr* 2007, 6 m.nt. J.G.A. Linssen overwogen dat de uitzonderingen van art. 843a lid 3 en 4 Rv niet ambtshalve mogen worden toegepast. Gedaagde zal deze gronden derhalve zelf moeten inroepen.

De vorig jaar besproken uitspraak Vzr. Rb. Rotterdam 25 november 2004, *NJF* 2005, 2 heeft het appel niet overleefd. Hof Den Haag 4 mei 2006, *NJF* 2006, 318 (Staat/ICS) oordeelt dat de regeling voor overlegging van strafvorderlijke gegevens van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens een specialis is ten opzichte van art. 843a Rv. Nu die wet geen verstrekking toestaat, kan art. 843a Rv niet tot afgifte leiden.

De samenloop van art. 843a Rv met de Wet bescherming persoonsgegevens is veelvuldig aan de orde in zaken omtrent bancaire aangelegenheden. Cliënten van de bank trachten op grond van het inzage-recht van de Wbp hun dossier te bemachtigen. De jurisprudentie hieromtrent wisselt, mede omdat het niet steeds geheel gelijkaardige gevallen

betreft. In Hof Den Haag 22 augustus 2006, *NJF* 2006, 510 werd het verzoek deels toegewezen. Het Hof achtte geen ontoelaatbare doorkruising van art. 843a Rv aanwezig. Zulke samenloopgevallen (alsmede de hierna genoemde) zouden wellicht bij de aangekondigde gedachtevorming omtrent disclosure (TK 2006-2007, 30 951, nr. 1, p. 16) in een alomvattende regeling kunnen worden opgenomen.

Evenzeer vaker voorkomend is de vordering tot afgifte van namen en adressen van werknemers van de wederpartij om hen als getuigen te kunnen oproepen. Rb. Breda 15 februari 2006, *NJF* 2006, 217 wijst deze vordering toe, gelet op de geringe privacygevoeligheid van deze informatie.

De jurisprudentie geeft het beeld van een zorgvuldige toetsing aan de vereisten van art. 843a Rv. Fishing expeditions worden gelukkig nog niet toegestaan. Een vordering tot verschaffen van afschrift van een geldleningovereenkomst wordt door Rb. Rotterdam 19 juli 2006, *NJF* 2006, 556 afgewezen omdat door gedaagde gemotiveerd is betwist dat er zodanige zelfstandige overeenkomst bestaat, zodat het ontbreekt aan voldoende bepaalbaarheid. Vzr. Rb. Breda 25 oktober 2006, *NJF* 2006, 596 wijst afgifte van broncodes toe om te kunnen vaststellen of een zeker programma auteursrechtinbreuk maakt, maar wijst af de vordering tot verkrijgen van gegevens omtrent de gerealiseerde inkomsten, nu het daarmee beoogde inzicht bijvoorbeeld ook door een deskundigenbericht kan worden verkregen. Rb. Rotterdam 17 mei 2006, *NJF* 2006, 388 verwerpt de vordering tot afgifte van een schaderapport wegens ontbreken van rechtmatig belang: eiseres heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij er recht op heeft in haar aansprakelijkheid jegens een derde gevrijwaard te worden door gedaagde. Wellicht te ver gaat Vzr. Rb. Den Haag, *JBPr* 2006, 25 m.nt. M.A. J.G. Janssen, die afgifte van een gedeelte van het procesdossier uit een andere procedure tussen gedaagde en haar octrooigemachtigde beveelt. Eiser had hier als concurrent, die zich wenste te beroepen op nietig-

heid van het octrooi, bepaald belang bij, maar verkrijgt hiermee wel zeer eenvoudig toegang tot mogelijke concurrentiegevoelige informatie.

Verwant aan art. 843a Rv is art. 22 Rv. Dit leidt Rb. Rotterdam 5 april 2006, *NJF* 2006, 471 ertoe om gedaagden te helpen in hun bewijsnood. Gedaagden hadden na een bewijsopdracht verzocht eiser ex art. 22 Rv te bevelen bepaalde expertiserapporten in het geding te brengen. Omdat gedaagden deze informatie niet op andere wijze eenvoudig kunnen verkrijgen, kon gelet op de plicht tot toelichten van stellingen van eiser worden geëist dat hij deze rapporten zou overleggen. Toch dient men art. 843a en 22 Rv te onderscheiden. Evenals in de hiervoor genoemde uitspraak Rb. Den Haag 9 augustus 2006, *NJF* 2006, 540 oordeelde het Hof Den Bosch 15 november 2005, *JBPr* 2006, 52 m.nt. M.O.J. de Folter, dat een partij niet zelf een beroep kan doen op art. 22 Rv om overlegging van stukken te vorderen. Het Hof

weigerde voorts deze vordering ambtshalve op te vatten als een vordering ex art. 843a Rv, reeds omdat was nagelaten te specificeren welke bescheiden in het geding moesten worden gebracht. Zie ook Rb. Amsterdam 18 januari 2005, *JBPr* 2006, 56.

Een andere vergelijkbare bepaling is art. 162 Rv: de openlegging van boeken, bescheiden en geschriften. Rb. Rotterdam 25 januari 2006, *NJF* 2006, 230 wijst de vordering geclausuleerd toe: eerst zullen de stukken aan de rechter worden overgelegd opdat deze kan beoordelen of er grond is slechts een selectie aan eiser te openbaren. In Rb. Groningen 29 maart 2006, *NJF* 2006, 254 wordt de vordering van de curator tot overlegging van stukken ex art. 111 Fw toegewezen omdat het gaat om bescheiden die ingevolge de wet moeten worden gehouden (en waarvan dus ook op grond van art. 162 Rv openlegging kan worden bevelen).



In het volgende nummer

DEEL II

Faillissementsprocesrecht

Gezag van gewijsde

Huurprocesrecht

Incidenten

Zekerheidsstelling

Vrijwaring

Ontslag en verval van instantie

Schorsing en hervatting

Voeging en tussenkomst

Kosten

Vast recht

Proceskosten

Misbruik van procesrecht

Onbevoegdheid (zie competentie)

Partijen

Hoedanigheid

Cessie ter incasso

Partijaanduiding

Varia

Pleidooi

Rechtsmiddelen

Hoger beroep

Appellabiliteit

Appeltermijn

Gebreken en herstel

Tussentijds appel

Grievens

Devolutieve werking hoger beroep

Varia

Cassatieberoep

Tussentijds cassatieberoep

Varia

Verzet

Herroeping

Rechtsmiddelen in

verzoekschriftprocedures

Schadestaatprocedure

Uitspraak

Bindende eindbeslissing

Varia

Verzoekschriftprocedure

Wijziging van eis

Wraking

Wetgeving

Literatuur