

Kroniek burgerlijk procesrecht 2003

Mr. W. Heemskerk, mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai,
mw. mr. W.I. Wisman
advocaten te Den Haag*

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

INHOUD

Advocatuur

procesvertegenwoordiging in cassatie

Algemene beginselen

toegang tot de rechter

hoor en wederhoor

redelijke termijn

onafhankelijkheid en onpartijdigheid

rechter en gemeenschapsrecht

Arbeidsprocesrecht

Arbitrage en bindend advies

Beslag

competentie verlofrecchter

eis in de hoofdzaak

derdenbeslag

gevolgen beslag

opheffing beslag

varia

Bewijs

bewijslast

bewijslastverdeling

bewijsaanbod

bewijsmiddelen

schriftelijk bewijs

getuigenbewijs

voorlopig getuigenverhoor/

deskundigenbericht

motivering

Competentie

absolute competentie

onbevoegdheidsverklaring

internationale rechtsmacht

gemeenschapsrecht

Dagvaarding

betekening

dagvaarding of verzoekschrift

gebreken en herstelmogelijkheden

inhoud dagvaarding

Executie

executiegeschil

dwangsom

exequatur

Faillissementsprocesrecht

Familieprocesrecht

(zie ook verzoekschriftprocedure)

Huurprocesrecht

Incidenten

zekerheidsstelling

vrijwaring

verval van instantie

voeging en tussenkomst

splitsing

exhibitieplicht

Indirecte executie

Kort geding

Kosten

vast recht

proceskosten

buitengerechtelijke kosten

Misbruik van procesrecht

Partijen

gemeente als procespartij

Pleidooi

Rechtsmiddelen

Hoger beroep

appellabiliteit

gebreken en herstel

tussentijds hoger beroep

grievens

devolutieve werking

varia

Cassatieberoep

tussentijds cassatieberoep

cassatiemiddel

geding na verwijzing

varia

Verzet

Rechtsmiddelen in

verzoekschriftprocedures

ontvankelijkheid

grievens

termijnen

grenzen rechtsstrijd hoger beroep

Reconventie

Rectificatie

Uitspraak

bindende eindbeslissing

proces-verbaal

Verzoekschriftprocedure

Wijziging van eis

Wetgeving

Literatuur

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

ADVOCATUUR

Procesvertegenwoordiging in cassatie

Behoudt een procureur zijn bevoegdheid indien de plaats waar hij kantoor houdt, ten gevolge van een gemeentelijke herindeling tot een ander arrondissement gaat behoren? Ja, zegt de Hoge Raad: een procureur is toegelaten bij een rechterlijk college zolang dat college is gevestigd in het arrondissement van de rechtbank waarbij die procureur is ingeschreven (art. 61 lid 2 Advocatenwet). Zolang de procureur niet is geschrapt van het tableau, behoudt deze dus zijn bevoegdheid, aldus HR 25 april 2003, NJ 2003, 466 (Staat/Korstanje), rov. 3.5.

ALGEMENE BEGINSELEN

Op grond van art. 6 EVRM heeft eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Het is een veel ingeroepen bepaling, die tot interessante rechtspraak leidt.

Toegang tot de rechter

Het recht op een eerlijk proces begint met de waarborg van toegang tot de rechter. Daarbij moet het gaan om *effectieve* toegang. Het enkele feit dat het Openbaar Ministerie toezicht houdt op het optreden van de politie, zonder dat effectieve rechterlijke toetsing daarvan kan plaatsvinden, levert geen effectieve rechtsbescherming op: EHRM 7 november 2002, NJB 2003, nr. 4 (afl. 4) (Veeber/Estland). Verder is essentieel dat toegang tot de *rechter* is gewaarborgd. Het enkele horen van de belanghebbende in een schuldsaneringsprocedure door een gerechtssecretaris, en niet door de rechter, is in strijd met art. 6 EVRM, aldus Hof Leeuwarden, 25 juni 2003, NJF 2003, 94.

Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut: de Staat kan het, binnen bepaalde grenzen, beperken. Beperkingen dienen de essentie van het recht onverlet te laten, en moeten een legitiem doel dienen en proportioneel zijn. Naarmate de immuniteit ruimer

is, verlangt het EVRM een sterkere rechtvaardiging (zie reeds EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (Golder/Verenigd Koninkrijk)).

In de zaak die leidde tot de uitspraak van het EHRM van 12 december 2002, NJB 2003, nr. 15 (afl. 14) (Kalogeropoulou c.s./Griekenland) rees de vraag of de beperking van de toegang tot de rechter geoorloofd was. In die zaak weigerden de Griekse autoriteiten om toestemming te verlenen voor de tenuitvoerlegging van een vonnis, waarbij de Griekse rechter Duitsland had veroordeeld tot schadevergoeding wegens een tijdens de Tweede Wereldoorlog aangericht bloedbad. Het Hof stelt voorop dat de tenuitvoerlegging van een einduitspraak een integraal onderdeel vormt van het door art. 6 EVRM beschermde 'proces' (zie ook EHRM 22 mei 2003, NJB 2003, nr. 31 (afl. 28) (Kyrtatos/Griekenland)). De weigering van de Griekse autoriteiten om mee te werken aan de tenuitvoerlegging dient in casu echter een legitiem doel: het internationale publiekrecht erkent immers de immuniteit van soevereine staten. Deze levert een bijdrage aan de goede betrekkingen tussen staten. Het toekennen van staatsimmunitet in overeenstemming met het internationale recht kan in beginsel niet worden gezien als disproportionele inbreuk op het recht op toegang

tot de rechter. Het Hof oordeelt dat nog niet is vastgesteld dat het internationale recht een uitzondering op de staatsimmunitet erkent voor misdaden tegen de menselijkheid, zoals klagers hebben aangevoerd, al laat het Hof expliciet de mogelijkheid open dat de rechtsontwikkeling in de toekomst tot een andere uitkomst dwingt.

Ook de parlementaire immuniteit dient in de visie van het Hof een legitiem doel: het beschermen van een vrije meningsuiting in het parlement en de handhaving van de scheiding van machten tussen wetgever en rechter. De Britse parlementariër die tijdens een debat over 'asociale' huurders een sprekend voorbeeld daarvan met naam en toenaam breed uitmat, kwam dan ook met de schrik vrij: EHRM 17 december 2002, NJB 2003, nr. 8 (afl. 7) (A/Verenigd Koninkrijk). Dat gold echter niet voor de voormalige president van Italië, Cossiga, na zijn ambtsperiode benoemd tot senator voor het leven. Verbolgen over een onderzoek van een officier van Justitie naar iemand met wie Cossiga banden onderhoudt, stuurt deze de officier boze brieven, vergezeld van onder meer een hobbelpaard en een driewieler 'ter ontspanning, iets waarop u naar mijn mening recht heeft' en het spel Super Cluedo. De officier dient een strafklacht in wegens belediging, maar de senaat besluit



Dat de huidige keizer van ons
grote Italië meent dat Europa
naak te klein
denkt...



Cossiga immuniteit toe te kennen. Het Hof overweegt dat een regel van parlementaire immuniteit in beginsel niet kan worden gezien als disproportionele inbreuk op het recht op toegang tot de rechter en verwijst naar de zaak A/Verenigd Koninkrijk, waarin het toekennen van immuniteit voor opmerkingen tijdens parlementaire beraadslagingen was gericht op bescherming van de positie van het parlement als zodanig en niet op bescherming van de belangen van individuele leden. In dit geval echter was het optreden van Cossiga niet verbonden met de uitoefening van parlementaire functies *stricto sensu*. Het besluit om Cossiga te vrijwaren van elke rechtsgang is dan ook disproportioneel, temeer daar de beslissing door een politiek orgaan is genomen, aldus EHRM 30 januari 2003, NJB 2003, nr. 13 (afl. 12) (Cordova/Italië).

Zie over de (geoorloofde) immuniteit van strafvervolgving van de nationale rechter EHRM 15 juli 2003, NJB 2003, nr. 44 (afl. 36) (Ernst c.s./België).

Hoor en wederhoor

Conform de Straatsburgse jurisprudentie worden procespartijen in een cassatieprocedure in de gelegenheid gesteld te reageren op de conclusie van de procureur-generaal door middel van een zogeheten 'Borgersbrief' (zie: Rechtsmiddelen, Cassatieberoep). In de regel wordt de ontvangst van een dergelijke reactie vermeld in de uitspraak van

de Hoge Raad. Indien deze vermelding door een kennelijke omissie ontbreekt, is de eerlijkheid van het proces niet in het geding, waarbij het EHRM opmerkt dat het recht op een eerlijk proces geen formele eisen stelt aan de inhoud van uitspraken van de nationale rechter: EHRM 24 juni 2003, NJB 2003, nr. 37 (afl. 33) (Polman/Nederland). In een tussenbeslissing in dezelfde zaak maakte het EHRM uit dat art. 6 EVRM zich evenmin verzet tegen toepassing van art. 81 RO, op grond waarvan de Hoge Raad bij de motivering van zijn uitspraak mag volstaan met de constatering dat de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Vgl. ook EHRM 30 september 2003, NJB 2003, nr. 48 (afl. 39) (Vermeulen c.s./Nederland).

Een vraag van goede procesorde kwam aan de orde in de uitspraak van Hof Den Haag van 21 februari 2003, NJ 2003, 395. Naar het oordeel van het Hof leidt het feit dat een andere rechter dan degene ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden de beschikking heeft gegeven, niet tot de conclusie dat sprake is van een zodanige schending van fundamentele rechtsbeginselen, dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.

Redelijke termijn

Een procedure dient binnen een redelijke termijn te worden afgedaan. Bij het bepalen van de duur van het nationale proces wordt de periode die verstrijkt door het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen niet meegerekend: EHRM 30 september 2003, NJB 2003, nr. 51 (afl. 42) (Koua Poirrez/Frankrijk).

Het EHRM oordeelde de redelijke termijn geschonden in het geval dat na ruim vier jaar procederen een aanvraag naar de bevoegde bedrijfsvereniging nog altijd niet was opgelost. De enige verklaring hiervoor moet de complexiteit van de toenmalige wetgeving zijn geweest, een omstandigheid waarvoor niet klager, maar de Staat aansprakelijk moet

worden gehouden, aldus EHRM 29 juli 2003, NJB 2003, nr. 47 (afl. 39) (Beumer/Nederland).

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

De vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen dient te geschieden door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Bij de beoordeling van de onpartijdigheid hanteert het EHRM een subjectieve toets (naar de persoonlijke overtuigingen van de rechter) en een objectieve toets (naar de vraag of twijfel omtrent de onpartijdigheid objectief gerechtvaardigd is). Sinds het Procola-arrest van 28 september 1995 (NJ 1995, 667) is de vraag actueel of de Nederlandse Raad van State, waarvan de leden zowel adviserende als rechtsprekende taken hebben, als onafhankelijk en onpartijdig gerecht te gelden heeft. De Raad van State hanteert een 'werkwijze' om 'Procola-problemen' te voorkomen. Gehoopt werd dat het EHRM zich in de zaak van Kleyn c.s. tegen Nederland zou uitspreken over de vraag of deze werkwijze voldoende waarborgt dat de Afdeling bestuursrechtspraak als een onpartijdige rechter kan worden beschouwd. Het EHRM hanteert echter uitdrukkelijk een casuïstische benadering en komt tot de conclusie dat de procedure voor de Afdeling in de specifieke omstandigheden van dit geval heeft voldaan aan de eisen van objectieve onpartijdigheid: EHRM 6 mei 2003, NJB 2003, nr. 27 (afl. 25).

Geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht in de zin van art. 6 EVRM is de Afdeling van beroep van de Octrooiraad, aldus Hof Den Haag 16 januari 2003, NJ 2003, 180, waarbij het Hof met name de wijze van samenstelling van de Afdeling van beroep en het ontbreken van bijzondere ontslagbescherming van de leden in aanmerking neemt.

Een schending van art. 6 EVRM was eveneens aan de orde in de zaak van Sigurdsson tegen IJsland. Het geschil tussen Sigurdsson en de Nationale Bank van IJsland wordt in het nadeel van Sigurdsson beslist door de Hoge Raad. Tot de meerderheid in het college behoort rechter Erlendsdottir. Naderhand ontdekt Sigurdsson dat Erlendsdottir nauw betrokken is geweest bij de schikking van de

schulden van haar echtgenoot, die bij de schikking door de Nationale Bank zeer gunstig wordt behandeld. De schikking speelde zich af ten tijde van de procedure voor de Hoge Raad. In die omstandigheden kon Sigurdsson redelijkerwijze twijfelen aan de onpartijdigheid van de Hoge Raad: EHRM 10 april 2003, NJB 2003, nr. 23 (afl. 21).

Rechter en gemeenschapsrecht

Als de rechter in een oneerlijk (forumkeuze) beding in een consumentenovereenkomst als bevoegde rechter is aangewezen, moet hij zich zonodig ambtshalve onbevoegd verklaren als dit uit richtlijnconforme uitleg volgt (HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2003, 730 (Océano Grupo)). In die lijn vervolgt HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003, 703 m.nt. (Cofidis/Fredout), rov. 38, waarin het HvJ EG uitmaakt dat de door richtlijn 93/13/EEG aan de consument verleende bescherming zich verzet tegen nationale regelgeving die de nationale rechter verbiedt na het verstrijken van een vervaltermijn, ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is.

In een arrest van 17 september 2002 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich uitgesproken over de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden een particulier bij de civiele rechter kan afdwingen dat een andere particulier het gemeenschapsrecht naleeft (NJ 2003, 702 m.nt. MRM (Mu—oz/Frumar)). Het antwoord op die vraag luidt bevestigend, als het gaat om bepalingen uit een communautaire verordening. Het Hof brengt daarbij in herinnering dat een verordening een algemene strekking heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat. De nationale rechterlijke instanties die in het kader van hun bevoegdheden belast zijn met de toepassing van de bepalingen van gemeenschapsrecht, dienen de volle werking van deze bepalingen te verzekeren. In dit geval leidt een en ander ertoe dat de naleving van de bepalingen met betrekking tot de kwaliteitsnormen voor groenten of fruit moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces van een markt-

deelnemer tegen een concurrent. Aan te nemen valt dat in Nederland de ‘gewone’ civiele rechter met een daartoe strekkende vordering kan worden benaderd.

APPÈL (ZIE RECHTSMIDDELEN)

ARBEIDSPROCESRECHT

Arbeidsrechtelijke kwesties waarin een voorlopige voorziening wordt gevraagd, kunnen niet alleen voor de kantonrechter worden gebracht, maar ook voor de ‘gewone’ voorzieningenrechter, zo onderstreept Vzng. Rb Den Bosch 31 juli 2003, NJF 2003, 18, rov. 4.1 met een simpele verwijzing naar art. 254 lid 4 Rv.

Herroeping van een vonnis is mogelijk indien het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd (art. 382 aanhef en sub a Rv). De kantonrechter oordeelde dit aanwezig in het geval dat de werknemer zich er in zijn ontbindingsprocedure op beriep dat hij gezien zijn leeftijd (62 jaar) moeilijk aan de bak zou komen. Na de procedure bleek dat de werknemer reeds voor de zitting was benaderd door potentiële werkgevers met een meer dan serieuze belangstelling voor hem. Na de beschikking van de kantonrechter was de werknemer met één van hen een arbeidsovereenkomst aangegaan met terugwerkende kracht tot vóór de datum van de zitting: Ktr. Haarlem 25 september 2002, NJ 2003, 340.

Een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad met een beloop van meer dan € 5.000 kan, na vaststelling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, los worden gezien van de arbeidsovereenkomst en hoort dan ook thuis in de sector civiel van de rechtbank, aldus Ktr. Middelburg 13 januari 2003, NJ 2003, 369.

Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat, optredend ten behoeve van een werknemer in een geschil omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst, dient zelfstandig ten behoeve van zijn cliënt alle posten na te gaan waarop een financiële aanspraak

gegrond kan worden en in afwachting van instructie, in elk geval toepasselijke termijnen in de gaten te houden: Hof Den Haag 4 december 2002, Prg. 5981.

ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES

Ook zonder uitdrukkelijke verklaring van een werknemer komt een geldige arbitrageovereenkomst tot stand, indien in een toepasselijke CAO een arbitraal beding is opgenomen (vgl. art. 1020 lid 5 en 1021 Rv): HR 17 januari 2003, RvdW 2003, 14 (ABN AMRO/Teisman), rov. 3.2.

Een arbitraal vonnis komt voor vernietiging in aanmerking indien het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1 sub c Rv). In de beoordeling van de vraag of het scheidsgerecht de grenzen van zijn opdracht heeft geschonden moet mede worden betrokken of het gerecht het geschil heeft beslecht in overeenstemming met de procesregels die in het gegeven geval van toepassing zijn. Indien de uitleg van deze regels niet is onttrokken aan het oordeel van de burgerlijke rechter, ligt het voor de hand dat de burgerlijke rechter bij de uitleg van een toepasselijk reglement uitgaat van de tekst daarvan, zoals deze in zijn samenhang naar objectieve maatstaven moet worden verstaan. Gaat het om een reglement dat internationaal wordt toegepast, dan geldt bovendien dat bij de uitleg rekening moet worden gehouden met de internationale praktijk. De rechter dient voorts bij zijn onderzoek terughoudendheid te betrachten, omdat de procedure op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, aldus HR 17 januari 2003, RvdW 2003, 17, JBPr 2003, 38 m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (Military Services/Iran), rov. 3.3.

Op grond van art. 1064 lid 4 Rv kan de vordering tot vernietiging van een arbitraal tussenvonnis slechts worden ingesteld tezamen met de vordering tot vernietiging van het geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis. Uit de samenhang tussen art. 1068 en 1064 lid 4 Rv moet worden afgeleid dat hetzelfde geldt voor de vordering tot herroeping van

een arbitraal tussenvonnissen. De vordering tot herroeping van een arbitraal eindvonnis kan niet bij wege van vermeerdering van eis in een procedure tot herroeping van een arbitraal tussenvonnissen worden ingesteld. Zie HR 20 juni 2003, RvdW 2003, 116, JBPr 2003, 57 m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (Waterschap Regge en Dinkel/Milieutech Beheer), rov. 4.3.

Art. 1065 lid 5 Rv voorziet in de mogelijkheid van een gedeeltelijke vernietiging van een arbitraal vonnis indien daarbij meer of anders is toegewezen dan gevorderd. Het geval dat gedeeltelijke vernietiging wordt gevorderd van een arbitraal eindvonnis op een onderdeel van de beslissing dat wel tot het gevorderde behoorde, is in de wet niet geregeld. Rb. Amsterdam acht in haar uitspraak van 27 november 2002 (Njkort 2003, 9) een dergelijke vordering mogelijk, indien het gaat om een onderdeel van de beslissing dat geheel afgescheiden is van de overige door de arbiters genomen beslissingen en waarbij het gestelde gebrek ook uitsluitend betrekking heeft op dat onderdeel.

Een overeenkomst tussen partijen om geschillen aan bindend advies te onderwerpen maakt de gewone rechter niet onbevoegd, maar leidt tot niet-ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering. Een contractuele verplichting om een niet-bindend adviesprocedure (of mediation) te volgen maakt de gewone rechter evenmin onbevoegd, aldus Hof Den Haag 12 december 2002, Njkort 2003, 17.

BESLAG

Competentie verlofrecchter

Op grond van art. 700 lid 1 Rv is voor het leggen van conservatoir beslag verlof vereist van de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker rechtsgebied zich een of meer van de betrokken zaken bevinden, dan wel, indien het beslag niet op zaken betrekking heeft, de schuldenaar of een degenen onder wie het beslag gelegd wordt, woonplaats heeft. Een redelijke en op de praktijk toegesneden uitleg van deze bepaling brengt mee dat de verlofrecchter die ten aanzien van

één beslag bevoegd is, tevens bevoegd geacht moet worden ter zake van andere beslagen die voor dezelfde vordering en ten laste van dezelfde schuldenaar gelegd worden, aldus Hof Amsterdam 23 januari 2003, Njkort 2003, 32, JBPr 2003, 29 m.nt. A.W. Jongbloed, rov. 4.11. Dit voorkomt niet alleen nodeloos omslachtige en kostbare procedures, maar ook het risico van tegenstrijdige beslissingen. Dit kan anders zijn bij een zwart gemaakt beslag waar beslaglegger weet van heeft. De praktijk van het 'zwart maken' van beslagen, waarbij de beslagschuldenaar wordt gehoord voordat op het verzoek tot beslaglegging wordt beslist, legt als zodanig echter onvoldoende gewicht in de schaal om het wettelijk stelsel voor wat betreft de relatieve bevoegdheid te doorbreken, aldus het Hof in rov. 4.15.

Eis in de hoofdzaak

Een beslag vervalt indien de door de verlofrecchter gegeven termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak wordt overschreden (art. 700 lid 3 Rv). Als hoofdzaak kan worden aangemerkt een procedure die strekt tot het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot voldoening aan de vordering ter verzekering waarvan het conservatoir beslag is gelegd (HR 25 februari 1999, NJ 1999, 717). Een bindend adviesprocedure voldoet niet aan deze omschrijving (Vzng. Rb. Haarlem 22 april 2003, JBPr 2003, 65 m.nt. G.J. Meijer), laat staan een niet-bindend adviesprocedure (Hof Den Haag 12 december 2002, Njkort 2003, 17).

Indien conservatoir beslag is gelegd door de ontvanger, dan heeft de oplegging van de aanslag door de inspecteur ter verzekering van de voldoening waarvan het door de ontvanger gelegde beslag strekt, als eis in de hoofdzaak te gelden: HR 3 oktober 2003, RvdW 2003, 155, JBPr 2004, 11, m.nt. A.W. Jongbloed (Ontvanger/Heemhorst), rov. 3.3-3.10.

Ook indien in de hoofdzaak in eerste aanleg een eindvonnis is gewezen, moet de termijn van art. 700 lid 3 Rv in acht worden genomen: Hof Den Haag 14 februari 2003, KG 2003, 80. Aan de vraag of het instellen van

hoger beroep als zodanig kan gelden, kwam het Hof echter niet toe, aangezien het hoger beroep sowieso te laat aanhangig was gemaakt.

Het verzoek tot het verlengen van de termijn waarbinnen de eis in de hoofdzaak dient te worden ingediend, betreft volgens Hof Leeuwarden niet het vaststellen van een burgerlijk recht of plicht als bedoeld in art. 6 EVRM. Dat betekent dat ook indien bij de toepassing van art. 700 lid 3 Rv essentiële vormen zijn verzuimd, het in die bepaling neergelegde rechtsmiddelenverbod niet kan worden doorbroken: Hof Leeuwarden 31 juli 2003, NJF 2003, 13, rov. 16.

Derdenbeslag

In de kroniek burgerlijk procesrecht 2002 (*Advocatenblad* 2003-3, p. 108-109) werd melding gemaakt van enkele uitspraken over de mogelijkheid van beslag op kredietruimte, met uiteenlopende uitkomsten. Eén daarvan was een uitspraak van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Den Bosch van 10 oktober 2002, JOR 2002, 233 (Van der Walle/ABN AMRO), waarin deze beslag op kredietruimte niet mogelijk oordeelde. Op 8 april 2003 deed Hof Den Bosch uitspraak in het daartegen gerichte hoger beroep (JOR 2003, 132 m.nt. A.J. Verdaas en P.C. Voûte). Het Hof



deelt het oordeel van de voorzieningenrechter. Naar het oordeel van het Hof is geen sprake van een vordering op de bank, indien een rekeninghouder nog kan beschikken over kredietruimte. De beslissing om gebruik te maken van de geboden kredietruimte moet worden beschouwd als de uitoefening van een wilsrecht, dat als zodanig niet voor vatbaar is voor derdenbeslag. Een wilsrecht is, aldus het Hof, geen roerende zaak, geen vorderingsrecht en ook geen zelfstandig vermogensrecht en dus niet te kwalificeren als goed in de zin van art. 3:1 BW. Door de uitoefening van het wilsrecht verkrijgt de rekeninghouder niet meer dan een aanspraak op uitvoering van de opdracht door de bank door over te gaan tot betaling aan de begunstigde. Deze aanspraak vloeit voort uit het wilsrecht, niet rechtstreeks uit de rekening-courantverhouding, en vormt derhalve geen vermogensrecht dat voor beslag vatbaar is. De zaak is thans onder de Hoge Raad; medio 2004 wordt een uitspraak verwacht.

Ingevolge art. 722 Rv dient de executorialie titel binnen één maand nadat deze is verkregen en voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden aan de derde beslagene betekend te worden. Indien betekening binnen die termijn uitblijft, dan zijn betalingen door de derde gedaan van waarde. Uit HR 9 mei 2003, NJ 2003, 517 (W.E.L.-Accountancy/Anova) volgt dat betalingen van de derde beslagene aan de beslagdebiteur slechts van waarde zijn indien zij na de termijn voor betekening zijn verricht. Betalingen gedaan vóór het verstrijken van die termijn zijn dat niet.

Gevolgen beslag

Op de beslaglegger rust een risicoaansprakelijkheid voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering waarvoor beslag is gelegd geheel ongegrond is. Indien de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd slechts gedeeltelijk wordt toegewezen, heeft dit niet tot gevolg dat het beslag ten onrechte is gelegd. De vraag of een beslaglegger aansprakelijk is voor de gevolgen van een beslag omdat dit voor een te hoog bedrag is gelegd, lichtvaardig is gelegd

of onnodig is gehandhaafd, moet worden beantwoord aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht: HR 11 april 2003, NJ 2003, 440 (Hoda/Mondi), rov. 4.5.2. In gelijke zin HR 5 december 2003, JBPt 2004, 14, m.nt. A. van Hees, rov. 3.4.2.

Het Openbaar Ministerie heeft een zelfstandige bevoegdheid machtiging te verlenen tot vervreemding van een strafrechtelijk in beslag genomen voorwerp, bijvoorbeeld omdat de kosten van bewaring niet opwegen tegen de waarde van het voorwerp. Met dit stelsel is onverenigbaar dat degene onder wie de voorwerpen strafrechtelijk in beslag zijn genomen door middel van een conservatoir beslag tot afgifte ten laste van de Staat de uitvoering van een machtiging tot vervreemding zou kunnen blokkeren, aldus Hof Amsterdam 5 juni 2003, KG 2003, 150.

Opheffing beslag

In zijn uitspraak van 25 april 2003 oordeelt de Vzng. Rb. Haarlem (KG 2003, 174) het beslag op een brandstofvoorraad van een vliegtuig voorshands onrechtmatig, nu op voorhand vaststaat dat de beslagene aan de beslaglegger een bedrag van ruimschoots de executiewaarde van de beslagen brandstof heeft voldaan. Behoudens bijzondere omstandigheden mag een beslag niet louter als pressiemiddel worden gebruikt. Om die reden heft de voorzieningenrechter het beslag op.

Varia

In art. 703 Rv is bepaald dat geen beslag mag worden gelegd op goederen bestemd voor de openbare dienst. Daaronder vallen ook gelden die bestemd zijn voor het instandhouden en doen functioneren van de openbare dienst, aldus Vzng. Rb. Den Haag 7 juli 2003, KG 2003, 170, rov. 3.3.

Opvolging van een gerechtelijk bewaarder vindt niet eerder plaats dan nadat de opvolger op formele wijze zijn taak heeft aanvaard dan wel daarvan op de hoogte is gesteld: Vzng.

Rb. Arnhem 12 augustus 2003, KG 2003, 227, rov. 2.

BEWIJS

Bewijslast

Hoofdregeel voor de bewijslastverdeling is dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast daarvan draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voortvloeit (art. 150 Rv). Feiten of rechten die door de wederpartij niet (voldoende) zijn betwist, gelden in beginsel als vaststaand (art. 149 lid 1 Rv). In geval van een gemotiveerde betwisting van bepaalde feiten of rechten, zal bewijs moeten worden geleverd van die betwiste feiten of rechten en niet van de feiten die ter motivering van de betwisting worden aangevoerd: HR 5 december 2003, NJ 2004, 75 (Braam/Stichting Standvast Wonen), rov. 3.3. Voor het opdragen van bewijs aan de wederpartij kan evenwel grond zijn indien wordt geoordeeld dat de partij die de bewijslast draagt haar stellingen, behoudens tegenbewijs, afdoende heeft bewezen. Voor het slagen van dergelijk tegenbewijs is voldoende dat het door de partij op wie de bewijslast rust, geleverde bewijs erdoor wordt ontzenuwd: HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468, rov. 4.4.

Art. 6 EVRM houdt in dat een nationale procedure over het geheel genomen moet voldoen aan de vereisten van een eerlijk proces. Dat kan zelfs meebrengen dat de door de rechter vastgestelde bewijslastverdeling de



toets

van art. 6 EVRM niet kan doorstaan, zoals in de zaak van een transseksueel die bij de ziektekostenverzekeringsmaatschappij aanspraak maakte op vergoeding van onkosten voor hormoonbehandeling. Het EHRM acht het niet-proportioneel om de bewijslast van de medische noodzakelijkheid van seksveranderende middelen op de transseksueel te leggen. Daarbij acht het Hof de wereldwijde erkenning van transsexualiteit als medische conditie, waarvoor behandeling verlichting kan bieden, van belang, alsmede het feit dat nog geen wetenschappelijk uitsluitsel omtrent de oorzaak van transsexualiteit bestaat: EHRM 12 juni 2003, NJB 2003, nr. 33 (afl. 29) (Van Kück/Duitsland).

Bewijslastverdeling

Het e-mailverkeer neemt hand over hand toe en dat doet in de rechtszaal regelmatig vragen rijzen. Zo rijst de vraag wanneer een e-mail de geadresseerde heeft bereikt (vgl. art. 3:37 lid 3 BW). Zodra het betreffende bericht in de in-box van de geadresseerde is ingekomen, vindt Vzng. Rb Maastricht 6 augustus 2003, KG 2003, 224, NJF 2003, 46.

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, dit risico zich vervolgens verwezenlijkt en dit het risico is waartegen de geschonden norm bescherming beoogt te bieden, is het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven. Dan is het aan degene die wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan, aldus de 'omkeringsregel'. Het antwoord op de vraag welke partij in concreto aan zet is in het kader van de bewijslevering hangt nauw samen met de manier waarop het processuele debat wordt gevoerd en verloopt niet steeds volgens een vaste volgorde, aldus Klaassen in haar noot bij HR 18 april 2003, RvdW 2003, 81, JBPr 2003, 55 (Ace Insurance c.s./Fino Bewaking), rov. 3.8. Zie over toepassing van de omkeringsregel ook Hof Den Haag 3 september 2003, Prg. 6119 (botsing) en Rb. Alkmaar 12 december 2002, NJ 2003, 68 (legionellabesmetting).

Op de verzekerde die bij diefstal van een auto aanspraak maakt op uitkering, rust de bewijslast van de diefstal van de auto, al zullen aan dit bewijs bij diefstal van een geparkeerde auto niet al te zware eisen mogen worden gesteld. Onder omstandigheden kan het proces-verbaal van aangifte als voldoende bewijs worden aanvaard. De omstandigheid dat degene die de auto ten tijde van de gestelde diefstal onder zich had een substantieel en relevant strafrechtelijk verleden heeft, maakt dit op zichzelf niet anders, zij



het dat in dat geval gereede aanleiding zal kunnen bestaan het bewijs van de diefstal niet geleverd te achten zonder de betrokkene als getuige te horen, aldus HR 11 april 2003, RvdW 2003, 77 (Zwolsche Algemeene/P), rov. 3.6.1.

Bewijsaanbod

Als de uitkomst van de bewijslevering niet aan de beoordeling van het geschil kan bijdragen, dan kan een bewijsaanbod gepasseerd worden. Vgl. HR 7 maart 2003, JBPr 2003, 41 m.nt. C.J.M. Klaassen (X/ABN AMRO). Ook een aanbod om bewijs te leveren van een rechtsoordeel kan gepasseerd worden. Zie Rb. Den Haag 20 augustus 2003, NJF 2003, 23, rov. 3.4.

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). Wanneer een partij in algemene bewoordin-

gen aanbiedt haar stellingen te bewijzen maar daarbij niet uitdrukkelijk vermeldt dat zij ook getuigenbewijs aanbiedt, rechtvaardigt zulks niet zonder meer de conclusie dat die partij geen getuigenbewijs aanbiedt, zo wordt herhaald in HR 4 april 2003, NJ 2003, 361, JBPr 2003, 54 m.nt. E.L. Schaafsma-Beverluis (Hoeberechts/Lourens), rov. 3.3.6.

Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs hoeft volgens vaste rechtspraak niet gespecificeerd te worden: HR 31 januari 2003, JBPr 2003, 40 m.nt. C.J.M. Klaassen onder 41 (Interplex/Streekgewest), rov. 3.4.2. Indien echter in eerste aanleg al gelegenheid is geboden voor het leveren van tegenbewijs en in hoger beroep een bewijsaanbod wordt gedaan met de bedoeling om aanvullend tegenbewijs te leveren, dan mag worden verwacht dat dit bewijsaanbod nader wordt toegelicht, bijvoorbeeld door te specificeren waarom (bepaalde) getuigen (opnieuw) moeten worden gehoord, aldus HR 12 september 2003, RvdW 2003, 144 (T. Import-Export/Nationale-Nederlanden), rov. 3.3.

Bewijsmiddelen

Een in kracht van gewijsde gegaan op tegenpraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, levert dwingend bewijs van dat feit op (art. 188 Rv). Deze bepaling doet geen afbreuk aan het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces en is evenmin in strijd met het in art. 6 EVRM besloten liggende beginsel van 'equality of arms', nu immers tegenbewijs openstaat: HR 12 december 2003, NJ 2004, 102, rov. 3.3. Als het vonnis niet in kracht van gewijsde is gegaan, heeft het slechts vrije bewijskracht (HR 20 juni 2003, NJ 2003, 487, rov. 3.2). De dwingende bewijskracht betreft slechts het bewezen verklaarde strafbare feit, niet de afwijzing door de strafrechter van een beroep op noodweer en/of noodweereces, aldus Hof Leeuwarden 19 juni 2002, NJ 2003, 206.

Schriftelijk bewijs

De dwingende bewijskracht van een onderhandse akte geldt slechts partijen bij die akte en niet ook degenen ten behoeve van wie de akte bestemd is om tot bewijs te dienen: HR 5 december 2003, NJ 2004, 75 (Braam/Stichting Standvast Wonen), rov. 3.4.

Getuigenbewijs

Eenieder is verplicht getuigenis af te leggen (art. 165 lid 1 Rv). De getuige die zich op een verschoningsrecht wil beroepen of meent een andere reden te hebben om niet als getuige te hoeven verklaren, zal in de regel ter terechtzitting moeten verschijnen om de gronden van zijn weigering kenbaar en voor de rechter toetsbaar te maken. Als aanstonds duidelijk is dat dergelijke gronden aanwezig zijn, kan het uit praktisch oogpunt de voorkeur verdienen dat de getuige deze tevoren schriftelijk aan de rechter en partijen bekendmaakt om verspilling van tijd en kosten te voorkomen. Kan de partij die de getuige heeft opgeroepen zich hiermee niet verenigen, dan zal de getuige in beginsel alsnog moeten verschijnen voordat de rechter een beslissing neemt. Indien de partij die volhardt in de oproeping van de getuige geen enkel in rechte te respecteren belang bij de verschijning van de getuige heeft aangevoerd, mag de getuige met een beroep daarop schriftelijk aan de rechter vragen dat deze eerst een voor beroep vatbare beslissing geeft: HR 19 september 2003, RvdW 2003, 149 (Van Hulst/Van Eeuwijk), rov. 3.2-3.3.

In rov. 3.6 van zojuist genoemd arrest stipuleert de Hoge Raad dat een getuigenverklaring betrekking moet hebben op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Dit staat eraan in de weg dat de getuige verplicht wordt ter voorbereiding van de door hem af te leggen verklaring een onderzoek in te stellen naar feiten en omstandigheden die hem niet uit eigen wetenschap bekend zijn. Een getuige is evenmin verplicht om stukken waarover hij heeft verklaard aan een der partijen ter hand te stellen: Hof Den Bosch 27 maart 2003, JBPr 2003, 63 m.nt. J.G.A. Linssen.

Het grote belang dat dient te worden gehecht aan de waarheidsvinding brengt mee dat slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting om als getuige een verklaring af te leggen (HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394). Het enkele feit dat op een getuige een geheimhoudingsplicht rust, geeft een getuige nog geen verschoningsrecht (vgl. art. 165 lid 2 sub b Rv). Dit is slechts het geval indien uit de bewoordingen, strekking of geschiedenis van een wetsbepaling inhoudende een geheimhoudingsplicht onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de voor het aannemen van een verschoningsrecht vereiste afweging door de wetgever is verricht. Ontbreekt zodanige duidelijkheid, dan kan pas een verschoningsrecht worden aangenomen na afweging van enerzijds de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht tegen anderzijds de zwaarwegende belangen die zijn gemoed met waarheidsvinding in een burgerlijk proces (zie reeds HR 22 december 1989, NJ 1990, 779). Toetsend aan deze maatstaven komt Hof Arnhem tot de conclusie dat een gemeentesecretaris geen functioneel verschoningsrecht toekomt ten aanzien van hetgeen wordt overwogen en besproken in en tijdens de vergaderingen van het college van burgemeester en wethouders (Hof Arnhem 1 oktober 2002, NJ 2003, 365).

Ingevolge art. 164 lid 2 Rv kan de verklaring van een partij-getuige geen bewijs in haar voordeel opleveren omtrent door haar te bewijzen feiten, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Deze beperkte bewijskracht geldt niet voor door de partij-getuige te leveren tegenbewijs (HR 17 januari 2003, NJ 2003, 176, JBPr 2003, 37 m.nt. M.J.A.M. Ahsman onder 39 (Durinck/Pavema), rov. 3.2). Een verklaring van een procespartij die is afgelegd in een strafzaak valt evenmin onder art. 164 lid 2 Rv (HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468, rov. 4.5.3). Hetzelfde geldt voor een in het geding gebrachte schriftelijke verklaring van een procespartij. Deze levert schriftelijk bewijs met vrije bewijskracht op (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 166, JBPr 2003, 39 m.nt. M.J.A.M. Ahsman, rov. 3.5).

Voorlopig getuigenverhoor/ deskundigenbericht

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan ook tijdens een aanhangige procedure worden gedaan. In dat geval mag van de verzoeker worden verlangd dat deze zo concreet mogelijk aangeeft welke relevante, betwiste feiten of rechten hij te bewijzen aanbiedt (art. 187, lid 3, onder b Rv), omdat van hem verwacht mag worden dat de vordering en haar juridische en feitelijke grondslag hem bekend zijn. Dit geldt temeer als de procedure zich in het stadium van hoger beroep bevindt, aldus Hof Amsterdam 17 juli 2003, NJF 2003, 58, JBPr 2003, 73, m.nt. E.F. Groot.

Een voorlopig getuigenverhoor kan in beginsel ook in kort geding plaatsvinden. In Vzng. Rb. Leeuwarden 27 februari 2003, KGK 1657 (KG 2003, afl. 14) werd dit niettemin geen geschikt instrument bevonden, aangezien het horen van getuigen de behandeling van de zaak te zeer zou vertragen, hetgeen niet in overeenstemming is met het spoedeisend karakter van het kort geding.

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan worden afgewezen op de grond dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt. Van zodanig misbruik kan onder meer sprake zijn wanneer de verzoeker wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten. Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 31 juli 2003, NJF 2003, 33 (wel misbruik) en Rb. Dordrecht 10 september 2003, NJF 2003, 52 (geen misbruik).

Hetzelfde criterium van misbruik van bevoegdheid geldt ten aanzien van een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht. Zodanig misbruik deed zich voor in HR 12 september 2003, RvdW 2003, 140, JBPr 2003, 73 m.nt. D.M. Thierry (Royal & Sun Alliance/X), rov. 3.4.

In een procedure voor Hof Amsterdam is de vraag gerezen of een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor binnen

de werkingssfeer van het EEX, in het bijzonder art. 24 daarvan, valt. Het Hof heeft dien-aangaande prejudiciële vragen gesteld: Hof Amsterdam 12 december 2002, NJkort 2003, 20 en 27.

Motivering

Indien de rechter in hoger beroep zonder de betrokken getuigen zelf te horen tot een andere waardering komt dan de rechter in eerste aanleg, zal van de appèlrechter mogen worden verwacht dat deze motiveert waarom hij tot een afwijkend oordeel komt. Hoe ver deze motiveringsplicht gaat, zal onder meer afhangen van de aard van het bewijsmateriaal en van hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd en aan verder bewijs hebben bijgebracht:

HR 14 november 2003, RvdW 2003, 178 (Valent/Beukers), rov. 3.3.2.

Een vergelijkbare motiveringsplicht geldt indien de rechter de zienswijze van een door hem zelf benoemde deskundige niet volgt, terwijl partijen zich hebben beroepen op door hen geraadpleegde deskundigen en daardoor voldoende gemotiveerd hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige niet aanvaardbaar achten. In dat geval dient de rechter zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken: HR 5 december 2003, NJ 2004, 74 (Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandse Lloyd Schadeverzekering), rov. 3.5 en 3.6.

COMPETENTIE

Absolute competentie

Diverse zaken gaan over de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter/vreemdelingenrechter. De burgerlijke rechter is bevoegd inzake een bevel tot handhaving van overtreding van een milieuvergunning: Vzng. Rb. Almelo 13 december 2002, KG 2003, 24. Hij is niet bevoegd ten aanzien van de gewenste voort-

zetting van verblijf in een opvangcentrum voor asielzoekers: Vzng. Rb. Haarlem 13 december 2002, KG 2003, 23. Hij is evenmin bevoegd te oordelen over een vordering tot het verstrekken van een vergunning tot verblijf, waarbij komt dat een organisatie van (tand)artsen te dien aanzien onvoldoende bestuursrechtelijk belang heeft en dan ook in de civiele procedure niet dient te worden ontvangen: Vzng. Rb. Den Haag 4 december 2002, KG 2003, 7.

Een principiële overweging over art. 94 lid 2 Rv (samenhangende vorderingen blijven bij de sector kanton) geeft Ktr. Amsterdam 25 juni 2002, Prg. 5974: voor de beoordeling of sprake is van samenhang in zin 94 lid 2 Rv gaat het niet om het feitenbestand maar om de verwevenheid van de te beoordelen rechtsvragen. De onrechtmatige daadsvordering wordt daarom gesplitst van de huurvordering. Omgekeerd oordeelt Rb. Rotterdam 7 mei 2003, NJkort 2003, 59 dat vanwege de samenhang met een huurvordering ook de onrechtmatige-daadsvordering naar de sector kanton moet worden verwezen.

Onbevoegdheidsverklaring

Vanwege de (in beginsel) uitsluiting van het instellen van rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken is van belang HR 10 oktober 2003, NJ 2003, 709 (Hellas/Paparounis), rov. 3.3: ook de verwerping van de exceptie van onbevoegdheid is een tussenvonnis, en geen (gedeeltelijk) eindvonnis, aangezien daarmee niet door middel van een dictum een einde wordt gemaakt aan enig deel van het gevoerde.

Internationale rechtsmacht

Over toepasselijkheid van het EEX-Verdrag gaat HvJ EG 13 juli 2000, NJ 2003, 597, met een instructieve noot van P. Vlas. Het EEX is reeds van toepassing (zij het dat toepassing alsnog kan leiden tot de conclusie dat er geen Europese rechter bevoegd is) als verweerder woont of gevestigd is in een verdragsstaat. De woonplaats van verzoeker is irrelevant, behalve als het EEX dat uitdrukkelijk bepaalt. Vlas wijst er op dat het HvJ EG ook impliciet overweegt (par. 44) dat voor art. 18 EEX (rechtsmachtskeuze door vrijwil-

lige verschijning) de woonplaats van verweerder niet van belang is: hij kan ook buiten EEX-gebied wonen.

Uitleg van een onduidelijk forumkeuzebeding geeft Hof Leeuwarden 23 oktober 2002, NJ 2003, 289: verwijzing naar algemene branchevoorwaarden leidt er toe dat het in die voorwaarden opgenomen forumkeuzebeding prevaleert boven een expliciet beding in orderbevestiging.

Een geschil tussen twee Nederlandse partijen, en toch is de Nederlandse rechter niet bevoegd. Het kan als het de verhuur en het beheer van een Frans chalet betreft, waar de oorspronkelijke beheerorganisatie (van wie het contract is overgenomen) Frans was en de overeenkomst een forumkeuzebeding voor de Franse rechter bevatte. Dan is de Nederlandse rechter ook voor een incassokortgeding te dier zake niet bevoegd: Vzng. Rb. Haarlem 5 augustus 2003, NJF 2003, 66.

Gemeenschapsrecht

De nationale rechter is niet bevoegd tot het gelasten van een deskundigenonderzoek ten aanzien van vorderingen tegen de EG. Een dergelijk onderzoek valt op grond van art. 288, 2e al. EG-Verdrag onder de exclusieve bevoegdheid van de gemeenschapsrechter: HvJ EG 26 november 2002, NJ 2003, 398.

DAGVAARDING

Ingevolge art. 78 Rv zijn de bepalingen van Titel 2 op alle dagvaardingszaken van toepassing, behoudens afwijkende regelingen. Een consequentie daarvan is aan de orde in Vzng. Rb. Utrecht 8 mei 2003, KG 2003, 153: ook in kort geding bestaat de mogelijkheid van inschrijving van de dagvaarding ter rolle door de gedaagde, ex art. 127 Rv, voor een verzoek tot veroordeling van eiser in de proceskosten. Intrekking van het kort geding door eiser staat hier niet aan in de weg. Dit is ongebruikelijk doch correct, daar intrekking geen formele beëindiging van de zaak is. Zie ook: Kosten, proceskosten.

Betekening

Voor zaken tegen een (Europese) buitenland-

se partij is van groot belang HR 17 januari 2003, NJ 2003, 113 m.nt. PV, JBPr 2003, 28 m.nt. L.C. Dufour, rov. 2.5, waar De Bie Leuveling Tjeenk reeds in het *Advocatenblad* 2003-3, p. 123 op heeft gewezen. Het gaat om een wijziging als gevolg van de inwerkingtreding van de EG-Betekenningsverordening. Onder het Haags Betekenningsverdrag hoefde na betekening aan de procureur of advocaat in vorige instantie (thans art. 63 Rv) geen verdere handeling te geschieden. Als de wederpartij verscheen, scheelde dat de kosten van vertaling en betekening in het buitenland; bleef de wederpartij afwezig, dan kon de rechter alsnog verplichten tot deugdelijke oproeping (HR 27 juni 1986, NJ 1987, 764 m.nt. WHH (Segers/Mabanaft)).

Onder de EG-Betekenningsverordening is evenwel nadere actie geboden, aldus de Hoge Raad. De mogelijkheid van betekening bij de procureur of advocaat in vorige instantie ex art. 63 Rv sauveert weliswaar de termijn, maar daarmee is de zaak nog niet afgelopen. Vanaf het moment van die betekening moet namelijk ook nog ingevolge art. 56 lid 3 Rv binnen een termijn van veertien dagen een aanvang worden gemaakt met de betekening van het betreffende stuk in het buitenland conform de eisen van de EG-Betekenningsverordening (zie art. 56 Rv). Men moet dus onmiddellijk aan de slag en kan niet wacht-

ten tot nadat is gebleken dat de wederpartij niet vrijwillig verschijnt.

De eisen van de EG-Betekenningsverordening omvatten onder meer het meebetekenen van een vertaling van het desbetreffende stuk. Dat blijkt in de praktijk het voornaamste struikelblok, gelet op de akelig korte termijn van veertien dagen. Zou het mogelijk zijn om 'per ongeluk' te vergeten de vertaling bij te voegen, en dat gebrek later te herstellen? Die kwestie was aan de orde in het arrest HR 17 oktober 2003, RvdW 2003, 161 (Leffler/Berlin Chemie), rov. 5 en heeft genoopt tot het stellen van prejudiciële vragen. Zolang hier geen duidelijkheid over is, verdient het aanbeveling er niet op te gokken.

Het Haags Betekenningsverdrag blijft van betekenis voor oude zaken en voor die landen die niet onder de EG-Betekenningsverordening vallen, waaronder Denemarken. Over art. 10 aanhef en sub a Haags Betekenningsverdrag gaat HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 126, JBPr 2003, 68 m.nt. M. Freudenthal (Strickling/Driessen), rov. 3.4.2: verzending per post is een geldige betekeningwijze maar heeft alleen het beoogde juridische gevolg als het stuk de gedaagde daadwerkelijk bereikt, en dit moet bij betwisting worden onderzocht. In casu was het de Duitse rechter geweest die destijds

voor deze hachelijke methode van oproeping had gekozen. Om niet in de executatieprocedure voor onaangename verrassingen te komen staan, kan het in voorkomende gevallen verstandig zijn zelf additioneel zorg te dragen voor een deugdelijke betekening.

Ook tussen Nederlandse partijen spelen betekenningsvragen. De rechter gaat hier over het algemeen praktisch mee om. In HR 11 juli 2003, NJ 2003, 568, JBPr 2003, 70 m.nt. A.W. Jongbloed (Van Graafeijland/De Krosse), rov. 2.2 en 2.3 werd geoordeeld dat de betekening aan de procureur in vorige instantie (art. 63 Rv) ook kon door achterlating van een enveloppe (art. 47 Rv). Zinvol, nu niet alle confrères en collega's hun kantoor op normale kantoor tijden steeds open houden.

Domiciliekeuze ten aanzien van de betekening speelde bij HR 28 november 2003, RvdW 2003, 183 (Achmea/Brada), rov. 3.5 en 3.6. De advocaat van de wederpartij had toegezegd dat een dagvaarding bij hem betekend kon worden, doch de cliënt stemde daar achteraf niet mee in. Het Hof meende dat niet was gebleken dat de advocaat een volmacht had voor domiciliekeuze. Een dergelijke volmacht ligt echter ex art. 3:61 lid 1 BW stilzwijgend besloten in de aanstelling van de advocaat tot het verrichten van proceshandelingen, zodat de andere advocaat ingevolge art. 3:71 lid 2 BW niet eens een volmacht had mogen vragen, en terecht op de toestemming van de advocaat van de wederpartij was afgegaan. Cassatie volgde.

Een curiosum is Ktr. Enschede 17 juni 2003, Prg. 6071: er waren vijftien exploten tegen één debiteur gedeponneerd. De rechter voegde ambtshalve de zaken en veroordeelde slechts tot vergoeding van éénmaal de kosten van het exploit. Een makkelijke manier om geld te verdienen werd aldus effectief de pas afgesneden.

Dagvaarding of verzoekschrift

Een vraag van overgangsrecht is wat onder het huidige Rv moet gebeuren met de oude formulierdagvaarding. Rb. Arnhem 24 oktober 2002, NJ 2003, 189 lost dit op, door de

U heeft de komende twee weken
niet één juridisch verzoek beschikbaar?



op 7 januari 2002 ter griffie ingediende formulierdagvaarding op te vatten als verzoekschrift, die ingevolge de wisselbepaling van art. 69 Rv moet worden omgezet naar de dagvaardingsprocedure. Eiser werd niet-ontvankelijk verklaard omdat hij geen procureur had gesteld, wat de vraag oproept of hij daartoe niet eerst ex art. 123 Rv in de gelegenheid had moeten worden gesteld.

Gebreken en herstelmogelijkheden

Een zuivere toepassing van de genuanceerde gebrekenregeling is HR 9 mei 2003, NJ 2003, 469 (Solleveld/Glasmij), rov. 2.2-2.3: de casuatiedagvaarding was abusievelijk aan de curator betekend in plaats van aan de BV's zelf. Dit is een gebrek dat nietigheid meebrengt, maar omdat aannemelijk was dat de dagvaarding de BV's had bereikt werd niet ex art. 121 lid 3 Rv de nietigheid uitgesproken doch op de voet van art. 121 lid 2 Rv de mogelijkheid gegeven tot herstel.

De grenzen van de herstelmogelijkheden werden bereikt in Vzng. Rb. Zutphen 2 juni 2003, NJkort 2003, 75. Abusievelijk was (binnen de verzettermijn) appèl ingesteld tegen een verstekvonnis, wat men beoogde met een (na de verzettermijn uitgebracht) herstelexploot te corrigeren. Voor conversie van het appèl naar verzet biedt de wet evenwel geen direct aanknopingspunt, oordeelde de voorzieningenrechter. De bepalingen omtrent verzet staan evenwel in Titel 2, zodat niet uitgesloten is dat er toch herstelmogelijkheden zouden zijn. In deze zaak was er mogelijk meer mis gegaan: de appèldagvaarding was niet aangebracht zodat het Hof niet de wisselbepaling kon toepassen, en wellicht voldeed de dagvaarding niet aan de eis van art. 146 Rv, dat het de gronden van verzet moet bevatten. In zoverre valt met dit vonnis te leven. Het vonnis sluit overigens qua strekking aan bij HR 12 september 2003, NJ 2003, 694 (zie: Faillissementsprocesrecht).

Inhoud dagvaarding

De sanctie op niet-nakoming van de substantiëringsplicht is volgens Vzng. Rb. Utrecht 5 november 2002, KGK 1650 (KG 2000, afl. 5) geen niet-ontvankelijkheid, maar slechts een bevel om alsnog deze gegevens te verstrekken.

EISWIJZIGING (ZIE WIJZIGING VAN EIS)

EXECUTIE

Executiegeschil

Executiegeschillen in de zin van art. 438 Rv zijn een praktische wijze om onbillijke resultaten bij de executie te vermijden, maar kunnen ook misbruikt worden als een verkapt alternatief rechtsmiddel. De Hoge Raad heeft daarom als regel aanvaard dat de executie van een in gewijsde gegane uitspraak slechts bij hoge uitzondering mag worden geschorst, als er sprake is van een feitelijke of juridische misslag (HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra)). Voor derden geldt dit uiteraard niet: zij waren geen partij en moeten dan ook niet geconfronteerd worden met een nagenoeg onaantastbare uitspraak. Zij kunnen in het kort geding houdende verzet tegen de executie stellingen betrekken die al door de partijen bij het geding betrokken waren of hadden kunnen zijn. In HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 127, JBPr 2003, 69 m.nt. H.W. Wiersma onder 78 (Van Kaam/Ebbensplaats), moest de Hoge Raad dit toch nog uitdrukkelijk bevestigen. Daarnaast wijst de Hoge Raad er op dat ingevolge een eerder arrest (HR 8 december 1989, NJ 1990, 192 (Zavatta/Uggeri)) die derde jegens wie het vonnis geen kracht van gewijsde heeft - óók derdenverzet (art. 376 Rv) kan instellen. Twee wegen staan dus open.

Terecht overweegt de Vzng. Rb. Haarlem 24 juni 2002, Prg. 6051 dat berusting in een ontruimingsvonnis niet afdoet aan zijn bevoegdheid ex art. 438 Rv om kennis te nemen van een executiegeschil over de ontruiming. Ook dan kan immers sprake zijn van een feitelijke of juridische misslag. De ruimte die de rechter in deze zaken heeft is groot. Vzng. Rb. Haarlem 18 februari 2003, KG 2003, 119 betreft een 'proactief executiegeschil' om zekerheid te krijgen over de uitleg van een verbod onder dwangsom: de voorzieningenrechter overweegt in die zaak dat het dictum van het arrest van het Hof in kort geding moet berusten op een misslag.

Veel geschillen betreffen ontruiming. Een schuldsaneringsregeling staat niet in de weg

aan de uitvoering van een ontruimingsvonnis: Vzng. Rb. Maastricht 24 maart 2003, KG 2003, 109, rov. 3.3.3 en Vzng. Rb. Utrecht 5 augustus 2002, Prg. 6010. De ontruiming raakt immers de boedel op zichzelf niet. In Vzng. Rb. Maastricht 26 juni 2003, KG 2003, 239, rov. 3.5, was bij verstek de ontruiming uitgesproken, maar werd de executie hiervan hangende de verzetprocedure geschorst, omdat de verhuurder belangrijke feiten niet had gemeld aan de rechter.

Dwangsom

Volgens vaste rechtspraak raken dwangsommen niet verbeurd als het onmogelijk is om aan de veroordeling te voldoen in de zin van art. 611 d Rv, waarvoor als maatstaf geldt de subjectieve onmogelijkheid, 'indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht' (BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (Van der Graaf/Agio)). De Hoge Raad herhaalt deze maatstaf en past haar toe in het arrest van 13 juni 2003, NJ 2003, 521, rov. 3.5.2-3.5.3. Dit betrof een geval waar de uitvoering van de verplichting tot overdracht van een aandeel in een woning werd gefrustreerd, doordat de notaris ten onrechte weigerde de overdracht te bewerkstelligen (omdat de veroordeelde beslag had gelegd op een ander aandeel, dan het te leveren aandeel in de woning). Wie doet wat van een zorgvuldig schuldenaar verwacht mag worden, verbeurt geen dwangsom.

Omgekeerd is de vraag wat er gebeurt als de schuldeiser niet in de gelegenheid is daadwerkelijk van de veroordeling te profiteren. Vzng. Rb. Haarlem 20 september 2002, KG 2003, 14, rov. 5.11 oordeelt dat de werkgever die in strijd met het gegeven bevel de werknemer niet toelaat op de werkplek, toch geen dwangsom verbeurt nu de werknemer door ziekte niet in staat was aan te dringen op nakoming.

Wat moet er gebeuren in geval van een kennelijke verschrijving in de formulering van de dwangsomveroordeling, die bij herstelvonnis gecorrigeerd wordt? Het Hof Arnhem 2 september 2003, NJF 2003, 76, rov. 4.3 is van oordeel dat aangezien een dergelijke ver-

schrijving evident (kennelijk) moet zijn geweest (anders kan zij niet gecorrigeerd worden, art. 31 Rv), de schuldenaar ook vanaf de betekening van het oorspronkelijke vonnis kon weten waar hij zich van te onthouden had en derhalve ook vanaf die datum dwangsommen kan verbeuren (voor zover geen terme de grâce is verleend). Men zij gewaarschuwd: het enkel lezen van het dictum volstaat dus niet, het is ook nodig om te bezien of er geen sprake is van een kennelijke fout.



Een terugkerende kwestie is of verbeurde dwangsommen gematigd kunnen worden. Art. 611d Rv biedt daar geen steun voor, behoudens voorzover sprake is van onmogelijkheid tot nakoming van het bevel. Het Hof Amsterdam 9 januari 2003, KG 2003, 44, JBPr 2003, 59 m.nt. A. van Hees leidt daaruit af dat de redelijkheid en billijkheid geen grond kan vormen voor matiging. Dit is in zoverre juist, dat de schuldenaar het geheel zelf in de hand heeft om de veroordeling na te komen of niet, en dan ook weinig mededogen verdient. Dogmatisch formuleert het Hof dit evenwel te stellig: de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zijn naar Nederlands recht ook ten aanzien van de inning van verbeurde dwangsommen van

toepassing. Overigens is er discussie hoe de Nederlandse redelijkheid en billijkheid zich verhoudt tot het feit dat de dwangsom eenvormig moet worden uitgelegd voor de gehele Benelux. Hof Arnhem 21 maart 2000, NJ 2003, 335, zag hier geen problemen: onverkorte executie van de dwangsommen was naar 's Hofs oordeel misbruik van bevoegdheid, zodat werd gematigd. Een genuanceerdere oplossing kiest Vzng. Rb Den Haag 18 april 2003, KG 2003, 138, rov. 3.9 en 3.10, door in zijn formulering van de op te leggen dwangsom te kiezen voor diverse modaliteiten, waardoor reeds vooraf een vorm van matiging is ingeweven in de veroordeling. Hoewel dit meer werk betekent voor de rechter, verdient een dergelijke zorgvuldige formulering van het dictum bijval. Ook in andere situaties zou het wenselijk zijn als de rechter in grotere mate rekening houdt met mogelijke toekomstige ontwikkelingen (waaronder een vernietiging door een hogere rechter) en daar in de formulering van zijn uitspraak in voorziet, door een 'vangnet' ten aanzien van de veroordeling, of een regeling voor het geval de omstandigheden zich wijzigen: denk aan de problematiek van vernietiging in app el van een eerder verbod in kort geding, de ingangsdatum van wijzigingen in app el van reeds betaalde alimentatievergoedingen, specificatie van de gronden voor de ontbindingsvergoeding ingevolge de Baijings-leer (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257). Wellicht zou de anticipatie op de temporaliteit van uitspraken zich lenen voor rechterlijk overleg? Een voorbeeld of model zou diensten kunnen bewijzen. Overigens kan ook de advocaat in zijn vordering of verweer sturend optreden, door suggesties te doen voor alternatieve formuleringen.

Exequatur

Een van de weigeringsgronden voor een exequatur is strijdigheid met de openbare orde. Expliciet is dit bepaald in art. 27 sub 1 EEX-Verdrag en art. 34 sub 1 EEX-Verordening. Hierover zijn twee oudere arresten in de NJ gepubliceerd. HvJ EG 28 maart 2000, NJ 2003, 626 (Krombach) betreft de vraag of de tenuitvoerlegging van een veroordeling bij

verstek in strijd is met de openbare orde. Het HvJ EG maakt duidelijk dat de toets is, of sprake is van strijd met fundamentele rechtsbeginselen, waaronder art. 6 EVRM. Een dergelijke strijdigheid kan zich voordoen als betrokkene het recht is ontzegd zich bij persoonlijke afwezigheid door een advocaat te laten verdedigen (zie daarover EHRM 13 februari 2001, nr. 29731/96, ECHR 2001-II (Krombach/Frankrijk)).

In HvJ EG 11 mei 2000, NJ 2003, 627 m.nt. PV (Renault/Maxicar) overweegt het HvJ EG dat strijd van een vonnis met gemeenschapsrecht géén grond is voor weigering van de tenuitvoerlegging wegens strijdigheid met de openbare orde. Een dergelijke fout zal in de reguliere procedure in het land van herkomst moeten worden geredresseerd. Dit wijkt af van de regeling ten aanzien van de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen, zie HvJ EG 1 juni 1999, NJ 2000, 339 (Benetton), omdat arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen.

Rb. Utrecht 13 maart 2003, NJ 2003, 337 betreft tenuitvoerlegging van een Pools vonnis. De stukken waren in ontvangst genomen door een huisgenoot van gedaagde op zijn feitelijk adres van verblijf, dat afweek van zijn adres volgens de GBA. De rechter is van oordeel dat deze gang van zaken voldoet aan de eisen van het Betekeningsverdrag en verleent het gevraagde verlof. Dit is een tamelijk ruime uitleg van de eisen van het Betekeningsverdrag, die weliswaar rechtvaardig voorkomt maar de regels van het verdrag te ver lijkt op te rekken. Zie ook de noot van Freudenthal in JBPr 2003, 68 (zie: Dagvaarding).

In Rb. Dordrecht 8 januari 2003, NJ 2003, 323 is het verzet tegen een exequatur gegrond verklaard, nu niet aannemelijk was gemaakt dat het vonnis, dat tegen een vennootschap onder firma was gewezen, naar Belgisch recht ook tegen de vennoten uitvoerbaar was. ●