

# Kroniek Burgerlijk proces- recht

2008<sup>1</sup>



deel 1

.....  
**Inhoud deel I**

**Algemene beginselen**

- Hoor en wederhoor
- Lijdelijkheid en partijautonomie
- Toegang tot de rechter
- Varia

**Arbitrage en bindend advies**

**Beslag**

- Derdenbeslag
- Eis in hoofdzaak
- Opheffing beslag

- Vormerkung
- Gevolgen beslag
- Varia

**Bewijs**

- Bewijsaanbod
- Bewijslast(verdeling)
- Bewijsmiddelen
- Getuigenbewijs
- Deskundigenbewijs
- Voorlopig getuigenverhoor
- Voorlopig deskundigenbericht

**Competentie**

**Dagvaarding**

- Herstelexploten
- Internationale betekening
- Waarheidsplicht/Substantiërings- en bewijsaandragplicht

**Executie**

- Misbruik van (proces) recht/Executiegeschil
- Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing/Alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad
- Dwangsom
- Exequatur
- Exhibitieplicht

.....  
**Inhoud deel II**

**Herroeping**

**Hoger beroep**

- Appellabiliteit
- Grievensstelsel
- Devolutive werking hoger beroep

**Incidenten**

- Voeging en tussenkomst
- Vrijwaring

**Kort geding**

**Kosten**

- Vast recht
- Proceskosten
- Nakosten

**Partijperikelen**

**Schadestaatprocedure**

**Uitspraak**

- Bindende eindbeslissing
- Art. 31 Rv
- Varia

**Verzet**

**Wraking**

**Wet- en andere regelgeving**

- Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer
- Wijziging EG-Betekenningsverordening
- Europese betalingsbevelprocedure (EBB)
- Landelijke regelingen/richtlijnen

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

.....  
**Robert Hendrikse, Leonie Rammeloo,  
Henriëtte Bast, Sylvia Zum Vörde  
Sive Vörding**  
advocaten te Amsterdam<sup>2</sup>  
.....

## Algemene beginselen

### Hoor en wederhoor

In NJ 2008/92 (HR 8 februari 2008) werd bij pleidooi in appèl nog een krantenartikel overgelegd, waarop het hof zijn oordeel mede baseerde. Dit zonder dat de wederpartij zich daarover had kunnen uitlaten. De rechter in een civiele procedure mag slechts beslissen aan de hand van stukken tot kennisneming waarvan, en uitlating waarover, aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven. De omstandigheid dat een productie (uit) een algemeen kenbare bron (afkomstig) is, zoals het hof met betrekking tot het krantenartikel had overwogen, maakt dat niet anders.

Processtukken uit een andere procedure worden nogal eens in het geding gebracht met de enkele mededeling dat die processtukken 'als hier herhaald en ingelast' moeten worden beschouwd. Het overleggen van processtukken met een dergelijke verklaring kan er volgens de Hoge Raad niet toe leiden dat de stellingen en feiten uit die stukken van de

.....  
1 Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2008 zijn geweest en van oudere uitspraken die in 2008 zijn gepubliceerd en niet in de kroniek van vorig jaar zijn vermeld. Daarnaast is er een overzicht opgenomen van relevante in 2008 in werking getreden wet- en andere regelgeving op BPR-gebied. In deze kroniek worden specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie buiten beschouwing gelaten. Verwijzing naar de RvdW is achterwege gebleven indien de betreffende uitspraak tevens in de NJ is gepubliceerd.  
2 Allen werkzaam bij Van Doorne in Amsterdam.

Ziet v. Mevrouw de rechter,  
mevrouw Plugge zegt het óók!



andere procedure als ingevoerd kunnen worden beschouwd (vgl. NJ 1999/342). Voor de rechter dient duidelijk te zijn wat hem ter beoordeling wordt voorgelegd en voor de wederpartij waarop zij de verdediging dient af te stemmen. Het één en ander geldt blijkens HR 17 oktober 2008 (RvdW 2008/953) onverkort in de verhouding tussen de hoofdzaak en de daarmee verband houdende vrijwaringszaak.

Als de eisende partij bij één dagvaarding verschillende vorderingen met een eigen grondslag tegen verschillende gedaagden heeft ingesteld, ontnemt deze samenvoeging aan de desbetreffende afzonderlijke zaken niet hun zelfstandigheid. Daarom gelden conclusies en akten die worden genomen en producties die worden overgelegd in de ene zaak, niet van rechtswege als genomen respectievelijk overgelegd in de andere

zaak (zie HR 21 november 2008, RvdW 2008/1056). Met het oog op enerzijds de eisen van een behoorlijke rechtspleging – meer in het bijzonder het recht van verdediging en het beginsel van hoor en wederhoor – en anderzijds het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak en de reikwijdte van de daartegen aan te wenden rechtsmiddelen, dient voor rechter en partijen in elke zaak geen onduidelijkheid te bestaan omtrent de vraag welke stukken behoren tot de gedingstukken in de desbetreffende zaak.

**Lijdelijkheid en partijautonomie**  
Als een partij zich niet op een bepaalde feitelijke grondslag beroept, is het voor de rechter soms verleidelijk om in te springen. Dat mag natuurlijk niet. Wel kan de rechter een partij op het juiste spoor zetten door deze in de ge-

legenheid te stellen om haar feitelijke grondslag aan te vullen. Dan moet dit gelet op het verloop van het processuele debat wel gerechtvaardigd zijn (zie HR 14 maart 2008, NJ 2008/466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, JOR 2008/152 m.nt. Y. Borrius)

Het staat de rechter ook niet vrij 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 (vgl. NJ 2006/46). Daardoor zou de wederpartij tekort worden gedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen. In HR 31 oktober 2008 (RvdW 2008/995) gaat het hof op dit punt in de fout door zijn oordeel dat er sprake was geweest van een verklaring, waarmee niet langer aanspraak werd gemaakt op nakoming maar op vervangende schadevergoeding, te baseren op een brief die weliswaar tot de gedingstukken behoorde maar waarop in dat verband geen beroep was gedaan. Zie in dit verband ook HR 17 oktober 2008 (RvdW 2008/955). Daarin komt naar voren dat met een verweer, dat is gevoerd in een bij conclusie of akte overgelegde productie, rekening zal moeten worden gehouden indien uit die conclusie of akte voldoende kenbaar is dat de betrokken partij de inhoud van die productie mede als verweer naar voren wil brengen en uit de productie voldoende duidelijk blijkt welk verweer aldus wordt gevoerd.

### Toegang tot de rechter

In HR 15 februari 2008 (NJ 2008/107) wordt geoordeeld dat het in art. 1:253 O lid 1 BW opgenomen voorschrift, inhoudende dat een verzoek om alsnog met het gezamenlijk gezag over minderjarige kinderen te worden belast van beide ouders afkomstig moet zijn, in strijd is met het aan de ouder zonder gezag door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.

Het Hof Leeuwarden oordeelt in NJF 2009/150 (10 oktober 2008) dat de gang van zaken waarbij de verzoeker in een schuldsaneringszaak slechts wordt gehoord door een gerechtssecretaris in strijd is met het in art. 6 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces. Het

Ik was net op weg  
om het winnende staatslot  
te kopen!



feit dat na het verhoor door de gerechtssecretaris alsnog een verhoor door de rechter heeft plaatsgevonden, maakt niet dat de schending van art. 6 EVRM is geheeld. Het verhoor door de secretaris droeg namelijk een gedetailleerd, op de feitenvaststelling gericht karakter terwijl het verhoor door de rechter slechts van summier betekenissen was.

### Varia

De regel dat processtukken in de Nederlandse taal moeten worden opgesteld, spreekt zo vanzelf dat deze niet uitdrukkelijk in de wet is opgenomen (vgl. W.H. Heemskerk onder NJ 1989/407). Zo had de kantonrechter te Zaandam in Prg. 2008/138 (3 juli 2008) een Duitse Rechtsanwalt, die zich als gemachtigde had gesteld en een in de Duitse taal gestelde conclusie van antwoord had ingediend, bij rolbeschikking bevolen alsnog in het Nederlands te concluderen. Deze deed dat echter niet, zodat de vordering

als niet-weersproken wordt toegewezen.

Indien in een procedure een partij de juistheid van één of meer stellingen van de wederpartij erkent, dan kan die erkenning slechts worden herroepen indien aannemelijk is dat zij door een dwaling of niet in vrijheid is afgelegd (art. 154 lid 2 Rv). Het enkele feit dat een ter comparitie door de gedaagde partij gedane erkenning niet geheel spoort met hetgeen daarover in de conclusie van antwoord was aangevoerd, betekent in NJF 2008/473 (Rb. Haarlem 17 augustus 2008) nog niet dat de gedane erkenning op grond van dwaling kon worden herroepen.

## Arbitrage en bindend advies

In het verslagjaar hebben veel feitenrechtters uitspraken gedaan in lijn met

het, in de vorige kroniek besproken, arrest van de Hoge Raad (NJ 2008/4): de civiele rechter kan een arbitraal vonnis alleen vernietigen wanneer het zodanig gebrekkig is gemotiveerd dat het op één lijn moet worden gesteld met een geheel ongemotiveerd vonnis. Voor deze kroniek is het met name relevant dat de gevraagde vernietiging zelden wordt toegewezen.

De uitzondering bevestigt het beeld: de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda (30 december 2008, NJF 2009/43) schorst in kort geding de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, omdat hij het waarschijnlijk acht dat het arbitrale vonnis in een bodemprocedure zou worden vernietigd. Dit omdat een motivering van het in het dictum neergelegde verbod ontbrak en het arbitrale vonnis niet voldeed aan het bepaalde in art. 1065 lid 1 sub d jo. sub e Rv, inhoudende dat elk van de zelfstandige onderdelen van het dictum een motivering moet bevatten.

Het Hof 's-Hertogenbosch (13 februari 2007, TvA 2008/24) wijst de gevraagde vernietiging af, maar gaat eerst diep in op de wijze van totstandkoming van het gewraakte arbitrale vonnis. Het hof overweegt dat het aan partijen bieden van de gelegenheid tot het geven van een mondelinge toelichting dwingend is voorgeschreven (in art. 1039 lid 2 in samenhang met art. 1036 Rv) en dat daarvan in beginsel niet kan worden afgeweken. Dit voorschrift is daarom te beschouwen als fundamentele procesregel en schending ervan kan tot vernietiging leiden. Dit betekent echter niet dat de arbiter elk (herhaald) verzoek van een partij tot het geven van een nadere mondelinge toelichting moet inwilligen. In casu had op initiatief van de arbiter al een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarin partijen de gelegenheid hadden de arbiter nader voor te lichten. Volgens het hof behoort het tot de beleidsvrijheid van de arbiter om een naderhand gedaan verzoek van een partij tot het houden van nog een mondelinge behandeling al dan niet in te willigen en dat de arbiter dit verzoek kon afwijzen. Dit maakt dat er geen grond is voor vernietiging wegens schending van essentiële procedure-regels in de zin van art. 1065 lid 1.

Slechts gedeeltelijk succesvol was een verzoek bij de Rechtbank Amsterdam (27

augustus 2008, NJF 2008/450), waarmee om vernietiging van zowel een arbitraal vonnis als de aanvulling daarop werd gevraagd. Vernietiging van het (eerste) vonnis wordt afgewezen. Hoewel de rechtbank van oordeel is dat de formulering en motivering van dit vonnis ondermaats zijn, valt toch een steekhoudende verklaring voor de genomen beslissing uit het vonnis op te maken; temeer omdat de arbiter door de aard en de omvang van het geschil met een beperkte motivering kon volstaan. De rechtbank vernietigt wel het aanvullende vonnis dat de arbiter had gewezen. Dit omdat de arbiter partijen niet in de gelegenheid had gesteld hierover voor het wijzen daarvan te worden gehoord, zoals art. 1061 Rv voorschrijft.

Een teleurgestelde belegger dient een klacht in bij de klachtencommissie van het 'Dutch Security Institute' (DSI) over de wijze waarop zijn beleggingsadviseur zijn vermogen heeft beheerd. Deze klacht wordt bij bindend advies afgewezen. De belegger vordert bij de civiele rechter de buitengerechtelijke vernietiging van het advies. Het Hof Amsterdam (17 januari 2008, NJF 2008/304) overweegt, conform vaste rechtspraak, dat de civiele rechter een bindend advies slechts marginaal kan toetsen en dat overigens een bindend advies alleen kan worden vernietigd als een motivering ontbreekt of als het bindend advies zo gebrekkig is gemotiveerd dat het op een lijn te stellen is met een ongemotiveerd bindend advies. Gemeten langs deze maatstaf wijst het hof de gevorderde vernietiging af.

Nadat de Geschillencommissie Advocatuur bij bindend advies de declaratie van een advocaat aanzienlijk had gematigd, vordert deze advocaat bij de civiele rechter vernietiging van dit bindend advies. Ook de Rechtbank Rotterdam (13 augustus 2008, NJF 2008/422) overweegt dat zij de beslissing van de Geschillencommissie slechts marginaal kan toetsen en dat uitsluitend ernstige gebreken in de beslissing van de Geschillencommissie aanleiding kunnen geven tot vernietiging. De rechtbank constateert vervolgens dat de Geschillencommissie haar beslissing weliswaar summier heeft gemotiveerd, maar dat er geen sprake is van een gebrekkige motivatie en dat daarom geen fundamenteel beginsel van procesrecht is geschonden. De advocaat doet bij de rechtbank nog een beroep op

een vermeende afspraak met zijn cliënt over de betaling van zijn declaratie. Nu niet is gebleken dat de advocaat ook bij de Geschillencommissie een beroep op die afspraak heeft gedaan, maakt dat aan het bindend advies geen motiveringsgebrek kleeft; de advocaat had dit verweer maar bij de Geschillencommissie naar voren moeten brengen.

## Beslag

### Derdenbeslag

HR 11 juli 2008 (RvdW 2008/728, JPBr 2008/51 m.nt. L. P. Broekveldt, JOR 2008/251) betreft een niet-alledaagse casus: een Nederlandse vennootschap legde ter verzekering van haar vordering op de Republiek Chili conservatoir derdenbeslag onder een andere Nederlandse vennootschap ter zake van een belastingvordering, die Chili op laatstgenoemde vennootschap had. Hoewel de immuniteit van executie naar de thans in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels niet absoluut is, zijn staatseigendommen met een publieke bestemming in ieder geval niet vatbaar voor gedwongen executie. Voor belastingvorderingen geldt dat deze in het algemeen moeten worden aangemerkt als goederen met een publieke bestemming. Deze zijn daarom niet vatbaar voor uitwinning.

In Vzng. Rb. Amsterdam 31 juli 2008 (NJ 2008/543, JBPr 2008/60 m.nt. L. Wijnbergen) wordt – onder verwijzing naar artt. 1:10 en 1:14 BW – ten onrechte geoordeeld dat een executoriaal derdenbeslag niet rechtsgeldig was gelegd, omdat het beslagexploot was betekend aan een filiaal van de ABN AMRO in Arnhem, terwijl de geëxecuteerde bankierde bij het filiaal in Lunteren en de bank haar zetel heeft in Amsterdam. In een later vonnis in kort geding van diezelfde rechtbank wordt anders geoordeeld en terecht wel acht geslagen op art. 50 Rv (Vzng. Rb. Amsterdam 20 november 2008, NJF 2009/5, JOR 2009/29 m.nt. I. Spinath, JBPr 2009/4 m.nt. H. F. van Rijswijk). Daaruit blijkt dat een beslagexploot aan ieder filiaal van een bank betekend kan worden als daar het bankbedrijf feitelijk wordt uitgeoefend. Op de overweging dat onder 'kantoor' in de zin van art. 50 Rv wordt verstaan de



locatie waar het bedrijf feitelijk wordt uitgeoefend én waar de handelingen die het exploit betreffen, plegen te worden verricht, valt nog wel wat af te dingen, omdat laatstgenoemde voorwaarde – anders dan de voorzieningenrechter schrijft – niet volgt uit de parlementaire geschiedenis. Annotator Spinath wijst er op dat de regels van artt. 1:10 lid 1 en 1:14 BW natuurlijk nog wel betekenis hebben voor het bepalen van de relatieve competentie van de verlofprechter.

De rechtsgevolgen van een betaling door een derdebeslagene in weerwil van het onder hem gelegde beslag, indien de beslagdebiteur nadien failliet, komen aan de orde in Rb. Amsterdam 9 januari 2008 (*NJF* 2008/93, *JOR* 2008/82 m.nt. A. Steneker) en Rb. Rotterdam 16 januari 2008 (*JOR* 2008/113 m.nt. N.E.D. Faber). De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat het vervallen van het beslag ex art. 33 Fw niet betekent dat alle gevolgen van het beslag teniet worden gedaan. Degene die zich op de resterende gevolgen van het beslag kan beroepen, is niet langer de oorspronkelijke beslaglegger, maar de curator. Deze hoeft zich de door de derdebeslagene in weerwil van het beslag gedane betalingen niet tegen te laten werpen. Mede gelet hierop is volgens annotator Faber genoemd Rotterdams vonnis onjuist, waarin onder meer wordt geoordeeld dat art. 33 Fw geen betrekking kan hebben op het gedeelte van de vordering dat in weerwil van het beslag is voldaan, omdat deze uit het vermogen van de failliet is verdwenen.

### Eis in hoofdzaak

Het enkele feit dat een beslaglegger in de hoofdzaak niet-ontvankelijk is verklaard in zijn vordering kan naar het oordeel van de Zutphense voorzieningenrechter niet de conclusie wettigen dat geen eis in de hoofdzaak is ingesteld (11 januari 2008 *NJF* 2008/155). Dit klemt temeer daar tegen de niet-ontvankelijkverklaring hoger beroep was ingesteld. Het beslag is – anders dan eiser betoogde – dan ook niet van rechtswege vervallen.

### Opheffing beslag

In *NJ* 1996/434 werd reeds geoordeeld dat een beslag dat bij uitvoerbaar verklaard vonnis is opgeheven, herleeft door vernietiging in hoger beroep van dat vonnis, met dien verstande dat wijzigingen

in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd. In HR 5 september 2008 (*NJ* 2009/154 m.nt. A.I.M. van Mierlo, *JPr* 2008/52 m.nt. E. Loesberg, *JOR* 2008/320 m.nt. A. Steneker), dat veel pennen in beweging heeft gebracht, geeft de HR antwoord op de vraag of de vernietiging in hoger beroep van het opheffingsvonnis ex tunc of ex nunc werkt. Een onroerende zaak met een daarop rustend conservatoir beslag was door de beslagene aan derden vervreemd, waarna het beslag bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis door de voorzieningenrechter werd opgeheven. In appel werd dit vonnis vervolgens vernietigd. Omdat het beslag niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie het beslag is gelegd, kan het beslagen goed aan een derde worden overgedragen. Die vervreemding kan ingevolge art. 505 lid 2 Rv echter niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. De Hoge Raad vervolgt dat opheffing van het beslag bij een bij voorraad uitvoerbaar vonnis ertoe strekt de beslagene volledig te herstellen in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden. Daarom verkrijgt de derde die na de beslaglegging – en dus met de beperking van art. 505 lid 2 Rv – de eigendom van het beslagen goed heeft verkregen door de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde opheffing van het beslag alsnog de eigendom van dat goed zonder genoemde beperking. Wordt in hoger beroep het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde opheffingsvonnis vernietigd, dan herleeft het beslag, echter met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd. Is het beslagen goed na de beslaglegging aan een derde overgedragen en daardoor uit het vermogen van de beslagene verdwenen, dan betekent dit alles volgens de Hoge Raad dat de vervreemding wel tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. De opheffing van het beslag op het onderhavige perceel bracht dus mee dat de derden de onbelaste eigendom daarvan hebben gekregen. Gelet op het risico aldus een verhaalsmogelijkheid te verliezen, doet een beslaglegger er volgens Advocaat-Generaal Wesseling-van Gent goed aan zich in een ophef-

fingskortgeding te verzetten tegen uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het vonnis en/of de voorzieningenrechter te verzoeken aan uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde te verbinden dat zekerheid wordt gesteld (zie art. 233 lid 3 Rv).

### Vormerkung

De ten laste van verkoper onder de koper en de notaris gelegde conservatoir derdenbeslagen op de koopsom van een ‘gevormerkt’ registergoed leidden in Rb. Breda 3 juli 2008 (*NJF* 2008/382, *JOR* 2008/249 m.nt. S.E. Bartels) tot lastige vragen. De beslaglegger wilde kopers slechts toestaan de koopsom onder de notaris te storten onder de voorwaarde dat de notaris na het transport het restant van de koopsom dat na voldoening van de hypotheekhoudster overbleef, volledig in depot hield ten behoeve van zowel de beslagleggers van vóór als die van na de Vormerkung, totdat zou zijn beslist welk deel van het restant aan welke beslaglegger toekwam. Volgens de rechtbank dient de notaris eerst de beslagleggers van voor de Vormerkung te voldoen, om tot de overeengekomen levering vrij van de voor de Vormerkung gelegde beslagen over te kunnen gaan. Daarna ontstaat de betalingsplicht van kopers. Het restant van de gedeponeerde koopsom wordt getroffen door het derdenbeslag onder de notaris. Onder de voorwaarde dat kopers (kort gezegd) aan beslaglegger alle informatie verstrekken die waarborgt dat de zekerheid die het beslag onder kopers bood, voortduurt via het beslag onder de notaris, bepaalt de rechtbank vervolgens dat het beslag onder kopers niet in de weg staat aan betaling van de koopsom aan de passerende notaris. In dit verband mag het – niet in dit kroniekjaar maar in 2009 gewezen – eerste arrest van de Hoge Raad over Vormerkung niet onvermeld blijven (zie HR 6 februari 2009, *JPr* 2009/16 m.nt. L.P. Broekveldt, *RvdW* 2009/269).

### Gevolgen beslag

De Hoge Raad bevestigt in een Antilliaanse zaak de regel dat degene die beslag legt, handelt op eigen risico en, bijzondere omstandigheden daargelaten, aansprakelijk is uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt, indien

het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd. De in cassatie verdedigde opvatting dat de vraag of het leggen van het beslag onrechtmatig is, beoordeeld moet worden naar het moment waarop het beslag is gelegd, is volgens de HR in haar algemeenheid onjuist (HR 8 februari 2008, NJ 2008/92).

In HR 25 januari 2008 (NJ 2008/66, JBP<sub>r</sub> 2008/20 m.nt. L. P. Broekveldt, JOR 2008/84 m.nt. A. Steneker, SES 2008/56, VN 2008/15.24) wordt de vraag beantwoord op welk moment de met een executoriaal beslag ingeleide executie met betrekking tot een registergoed is voltooid. In het berechte geval waren twee schepen op verzoek van de beslaglegger executoriaal geveild en vervolgens gegund aan de veilingkoper – vóór de levering aan de veilingkoper failliede de geëxecuteerde. Geoordeeld wordt dat voor voltooiing van de executie niet alleen gunning, maar ook levering van de schepen aan de veilingkoper is vereist. Op de dag van de faillietverklaring eindigde ex art. 33 Fw de executie. Beide schepen kunnen derhalve door de curator worden opgeëist.

### Varia

In HR 19 december 2008 (NJ 2009/26, JOR 2009/93 m.nt. L. Timmerman, JBP<sub>r</sub> 2009/13 m.nt. M. L. Tuil) wordt onder verwijzing naar NJ 2002/380 bevestigd dat het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap een vermogensrecht van andere aard is dan de eigendom van tot de gemeenschap behorende zaken en dat bij het leggen van beslag dan ook moet worden gespecificeerd op welk vermogensrecht beslag wordt gelegd. Afschrift van het proces-verbaal van inbeslagneming hoeft, indien beslag is gelegd op het aandeel van de geëxecuteerde in een onroerende zaak, niet te worden betekend aan de mede-eigena(r)en daarvan.

Het Hof Amsterdam 9 september 2008 (JOR 2008/321) oordeelt dat conservatoir derdenbeslag onder verzekeraars mogelijk is op de gehele uit hoofde van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering aan verzekerden toekomende verzekerde som. Dat deze som ook strekt tot dekking van de kosten van verweer tegen de claim staat daaraan niet in de weg.

De gevolgen van de kredietcrisis komen in het najaar van 2008 tot uiting in Vzng. Rb. Dordrecht 26 november 2008 (LJN BG5425), waarin de voorzieningenrechter wordt verzocht om bij het verlenen van verlof voor het leggen van conservatoir derdenbeslag ten laste van een IJslandse bank geen toepassing te geven aan art. 700 lid 4 Rv (voorafgaand horen van de financiële instelling). Het belang van horen is gelegen in bescherming van de belangrijke economische positie die banken innemen binnen het economisch bestel, welk belang gediend is met een onbelemmerd geld- en betalingsverkeer. De voorzieningenrechter overweegt dat dit belang reeds ernstig is geschaad, omdat het een feit van algemene bekendheid is dat IJslandse banken niet (goed) aan hun verplichtingen kunnen voldoen, althans daartoe een groot risico bestaat. Het verzoek wordt gehonoreerd.

## Bewijs

### Bewijsaanbod

De Rechtbank Zwolle (16 april 2008, JA 2008/156) benadrukt dat er geen hoge eisen kunnen worden gesteld aan het bewijs van de inkomsten die een slachtoffer van een verkeersongeval, dat blijvend letselschade heeft opgelopen, zonder ongeval zou hebben genoten. Toch rust het bewijs van het misgelopen verdienvermogen op het slachtoffer. De rechtbank is daarbij van oordeel dat, nu er zoveel en zodanige argumenten zijn die aan de juistheid van de stellingen over haar verdienvermogen doen twijfelen, er toch meer aangedragen had moeten worden en het slachtoffer niet aan haar stelplicht heeft voldaan.

Hoewel de gedaagde geen gebruik had gemaakt van de mogelijkheid van contra-enquête in het voorlopig getuigenverhoor (dat plaatsvond tijdens de al lopende procedure), laat de Rechtbank Zwolle-Lelystad (24 september 2008, NJF 2009/136) hem toch toe tot het leveren van tegenbewijs tegen de (op basis van de al beschikbare getuigenverklaringen) voorshands bewezen geachte stellingen van eiser. De gedaagde mag daartoe alsnog getuigen laten horen. Mopperig voegt de rechtbank er nog aan toe dat de proceseconomie er mee gebaat zou zijn geweest wanneer deze getuigen al in het

kader van het voorlopig getuigenverhoor waren gehoord.

### Bewijslast(verdeling)

In een van de Implanon-zaken (waarin een vrouw zwanger is geworden ondanks het gebruik van het anticonceptiemiddel Implanon, dat onderhuids in haar arm werd geïnjecteerd) was in eerste instantie als bewezen aangenomen dat de arts het Implanon-staafje niet of ondeugdelijk had ingebracht. In appel sneuvelt dit oordeel. Het Hof Amsterdam (24 januari 2008, NJF 2008/223 vindt deze aanname onjuist en draagt aan de vrouw het bewijs op dat de arts onvoldoende heeft gecontroleerd dat hij het staafje daadwerkelijk heeft ingebracht. De arts op zijn beurt wordt toegelaten te bewijzen dat het staafje na zijn deugdelijke inbreng ongemerkt is verloren. Resteert natuurlijk de vraag hoe beiden aan deze bewijsopdrachten zouden moeten voldoen. Overigens bespreekt Van Dam van Isselt nog andere Implanon-uitspraken in *Praktisch Procederen* 2008-2.

Een werknemer die meent aan een beroepsziekte te lijden en de daardoor veroorzaakte schade wil verhalen op zijn werkgever moet zowel bewijzen dat hij tijdens zijn werk is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen als aannemelijk maken dat zijn ziekte is veroorzaakt door die blootstelling. Slaagt de werknemer daarin, dan is de werkgever aansprakelijk, tenzij deze aantoonbaar zijn zorgverplichtingen te hebben voldaan (vgl. NJ 2001/596 (Unilever/Dikmans) en NJ 2006/354 (Havermans/Luyckx) en, recent én lezenswaardig, M. Zwagerman, in: TVP 2008-2. Dan nu de zaak van werknemer Pekaar, die stelde aan OPS te lijden, veroorzaakt door blootstelling aan organische oplosmiddelen tijdens zijn werk bij Atofina van 1975 tot 1999. Nadat het hof had geoordeeld dat de getuigenverklaringen van (oud-)collega's over het tijdens het werk vrijkomen van deze oplosmiddelen 'te vaag en te globaal' waren om de mate van blootstelling te kunnen afleiden, droeg het hof Pekaar op te bewijzen dat sprake was geweest van regelmatige blootstelling. Pekaar betoogde in cassatie dat deze bewijsopdracht een zwaardere bewijslast voor hem betekende dan de bewijslastverdeling op grond van de bestaande rechtspraak. De

Hoge Raad is dat niet met hem eens (net als A-G Langemeijer overigens), zoals blijkt uit de verwerping van het cassatieberoep zonder motivering (HR 16 mei 2008, *RvdW* 2008/527, *JAR* 2008/149 en *JA* 2008/122 m.nt. Hoogeveen).

Fietser Smeets kwam in Heerlen ten val, toen hij van een heuvel afreed waar werkzaamheden aan de weg werden uitgevoerd. Volgens Smeets was hij gevallen over een richel, ontstaan doordat de top laag ontbrak op een deel van de weg. Smeets liep ernstig hersenletsel op en stelde de gemeente Heerlen, als wegbeheerder, op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk voor zijn schade. Nadat het hof had geoordeeld dat Smeets niet geslaagd was in het bewijs van zijn stelling dat hij door de richel ten val was gekomen, deed Smeets in cassatie een beroep op de omkeringsregel. Hij betoogde dat de handelwijze van de gemeente (lees: het laten bestaan van een richel in de weg en het ontbreken van een waarschuwing daarvoor) in strijd was met een norm die er toe strekt een specifiek gevaar, zoals hier verwezenlijkt, te voorkomen. De Hoge Raad overweegt daarop dat de zorgplicht van een wegbeheerder ex art. 6:174 BW ruim moet worden uitgelegd en dat iemand die door schending van die zorgplicht een ongeval krijgt niet de precieze toedracht van dit ongeval aannemelijk hoeft te maken. Smeets dient daarom inderdaad beschermd te worden door de omkeringsregel, aldus de Hoge Raad op 19 december 2008 (*NJ* 2009/28, *VR* 2009/43 en *JBPr* 2009/14 m.nt. C.J.M. Klaassen).

Het is vaste rechtspraak dat de omkeringsregel niet geldt bij schending van informatieplichten door bijvoorbeeld artsen of advocaten (*NJ* 2007/92 (*Juresta/X*) en *NJ* 2002/386 en 387 (informed consent)). Dit wordt niet anders wanneer letselschade wordt geclaimd na een experimentele medische behandeling. Volgens het Hof Leeuwarden (19 december 2007, *VR* 2009/8) maakt het enkele feit dat de informatieplicht van de arts bij een experimentele behandeling verder gaat dan bij een reguliere behandeling, niet dat schending van deze informatieplicht leidt tot toepassing van de omkeringsregel.



Een aannemer en zijn voormalige klant discussieerden over het al dan niet gestuit zijn van de verjaring van een aantal facturen. Het Hof Arnhem (21 oktober 2008, *NJF* 2009/95) legt uit dat degene die zich op het rechtsgevolg van de brief beroept (de afzender dus) moet stellen en (zodanig) bewijzen dat de brief de geadresseerde tijdig heeft bereikt (*NJ* 2001/411). Stelt de afzender dat hij de brief aangetekend heeft verzonden, dan moet hij (bij betwisting) bewijzen dat aangetekend én aan het juiste adres is verzonden én dat de brief ook is aangeboden aan de geadresseerde (*NJ* 2004/411). Nu onduidelijk is of de aannemer de stuitingsbrieven aangetekend heeft verzonden, kan hij niet volstaan met het bewijs dat hij de brieven heeft verzonden en dat deze aan de geadresseerde zijn aangeboden, maar moet hij ook bewijzen dat de brieven de geadresseerde ook daadwerkelijk hebben bereikt.

### Bewijsmiddelen

In een aantal uitspraken komt de dwingende bewijskracht van een akte ten aanzien van de waarheid van de verklaringen van partijen in die akte (op grond

van art. 157 lid 2 Rv) aan de orde. In een procedure bij de Rechtbank Rotterdam (26 maart 2008, *PRG* 2008/140) ruziën twee burens over de eigendom van een kruipruimte onder de twee buurhuizen. De inhoud van de (partijverklaringen in de) notariële akten van levering van beide huizen geeft de doorslag, en niet de kadastrale gegevens; voor het bepalen van juridische eigendomsgrenzen zijn kadastrale gegevens immers ondergeschikt aan hetgeen uit notariële akten blijkt. Een vergelijkbaar oordeel geeft de Rechtbank Haarlem (23 april 2008, *NJF* 2008/315) in een geschil over de eigendom van een keuken die 'uitsteekt' in het buurpand. Ook deze rechtbank laat de inhoud van een notariële akte prevaleren.

Het Hof 's-Hertogenbosch (22 april 2008, *JOR* 2008/281) gaat uit van de vordering als omschreven in de pandakte tussen partijen, ook al betwist de schuldenaar de hoogte van de vordering. Volgens het hof is de schuldeiser door het overleggen van de pandakte op voorhand in het leveren van het bewijs ter zake van de hoogte van haar vordering geslaagd.

Voor wat betreft de bewijskracht van



notariële akten, ten slotte het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch (16 september 2008, *JOR* 2009/22) in een procedure tussen hypotheekgever en -nemer. Niet alleen had de tussen partijen opgemaakte hypotheekakte dwingende bewijskracht ten aanzien van de daarin door partijen gedane verklaringen over de hypotheekverlening. Ook viel onder de dwingende bewijskracht van deze akte de verklaring van de notaris, dat hij aan partijen toelichting heeft gegeven en hun de zakelijke inhoud van de akte heeft medegedeeld.

Met betrekking tot de dwingende bewijskracht van strafvonnissen in een civiele procedure, op grond van art. 161 Rv, schrijft R. J. B. Boonenkamp in *TCR* 2008-4 een interessant artikel over de achtergrond van deze bepaling en over de moeilijkheid om in een civiele procedure tegenbewijs te leveren ter onderbouwing van het verweer dat men het (in het strafvonnis bewezen) feit toch niet heeft begaan. Uit het verslagjaar ook twee uitspraken over de bewijskracht van strafvonnissen. Logisch is dat wanneer een strafvonnis, waarin iemand is veroordeeld wegens het plegen van ontucht, in appél wordt vernietigd, dit vonnis geen dwingende bewijskracht heeft in de civiele procedure, aangespannen door het – vermeende – slachtoffer. Toch stelde een (vermeend) slachtoffer met dit argument cassatie in, waarna de Hoge Raad dit beroep verwerpt met toepassing van art. 81 RO (28 maart 2008, *RvdW* 2009/372). A-G mr. Langemeijer legt nog wel uit dat dit vernietigde vonnis een historisch feit betreft, waaraan geen enkele argumentatieve waarde meer toekomt; de beslissing zelf is immers ongedaan gemaakt. Wel geeft de A-G toe dat de akte waarin het vonnis was neergelegd, is blijven bestaan (het vonnis is niet letterlijk in de papiervernietiger verdwenen) en dat in zoverre aan die akte wel vrije bewijskracht toekomt.

Dat een aansprakelijkheidsverweer na een veroordelend (en in stand gebleven) strafrechtelijk vonnis toch kan lonen, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Almelo (30 januari 2008, *JA* 2008/84). Energiebedrijf Essent sprak A en B aan tot vergoeding van haar schade als gevolg van het illegaal aftappen van elektriciteit ten behoeve van een hen-

nepkwekerij. A is veroordeeld voor henep kweken, terwijl B is veroordeeld voor medeplichtigheid vanwege het feit dat hij een aantal maal met A bij de kwekerij is geweest. De vordering op hennepkweker A (die in de civiele procedure niet eens was verschenen) wordt toegewezen; die op B niet. De rechtbank oordeelt dat het geen feit van algemene bekendheid is dat ten behoeve van hennepkwekerijen illegaal elektriciteit wordt afgenomen, en dat daarom door (slechts) de bezoeken van B aan de kwekerij niet is voldaan aan het vereiste dat B door zijn gedrag de illegale stroomafname ondersteunde en stimuleerde (welk vereiste nodig is voor de 'groepsaansprakelijkheid' ex art. 6:166 BW).

### Getuigenbewijs

De beperkte bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige (art. 164 lid 2 Rv) vormde in 2008 onderwerp van een aantal uitspraken.

In zijn uitspraak van 4 april 2008 (*NJ* 2008/201, *JBPr* 2008/27 m.nt. M. de Tombe-Grootenhuis) vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof, omdat deze ten onrechte de verklaring van een belangrijke getuige als partijgetuigenverklaring had gekwalificeerd. Het hof had namelijk miskend dat art. 164 lid 2 Rv niet van toepassing is op een getuigenverklaring van een partij op wie de bewijslast niet rust (zie ook *NJ* 2003/176).

Vervolgens benadrukt de Hoge Raad in zijn arrest van 23 mei 2008 dat slechts een zeer beperkte kring van betrokkenen als partijgetuige kan worden aangemerkt (*JBPr* 2008/41 m.nt. M. de Tombe-Grootenhuis): de persoon die namens de procederende rechtspersoon als partijgetuige moet worden aangemerkt is alleen de statutair directeur die bevoegd is de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. Zodoende was de directeur uitvoering, die niet bevoegd is de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen, geen partijgetuige. Overigens had de Hoge Raad al eerder (*NJ* 1997/22) geoordeeld dat het moment van het afnemen van het getuigenverhoor het ijkpunt is; alleen degene die op dat moment statutair directeur is, wordt als partijgetuige aangemerkt. Dit 'ijkpunt' blijkt cruciaal voor de uitkomst van een beroepsaansprakelijkheidszaak tegen een advocatenkantoor, waarin werd

'nagespeeld' hoe de uitkomst van de (ten onrechte) door het advocatenkantoor niet ingestelde appélprocedure zou zijn geweest. De Rechtbank Utrecht (20 februari 2008, *NJF* 2008/187) hecht groot belang aan het feit dat de belangrijkste getuige ten tijde van zijn (hypothetische) verhoor in de (niet-gevoerde) appélprocedure niet langer directeur was geweest van de procespartij en dat daarom zijn verklaring in de appélprocedure niet langer als partijgetuigenverklaring gekwalificeerd zou worden. De rechtbank neemt op grond van dit 'kleurverschieten' van deze getuige aan dat de kans op succes in de appélprocedure groter was dan in de (verloren) procedure in eerste instantie.

In de, zonder nadere motivering afgedane, uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2008 (*RvdW* 2008/400) zag een cassatiemiddel op de discrepantie tussen de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring en art. 6 EVRM. A-G Timmerman legt in zijn conclusie voor dit arrest nog eens geduldig uit waarom er echt geen sprake is van strijd of discrepantie met art. 6 EVRM. Overigens breekt annotator De Tombe-Grootenhuis (onder *JBPr* 2008/27 en 41) een lans voor afschaffing van de beperkte bewijskracht. In lijn met haar dissertatie uit 1993 (inderdaad: over de partijgetuige) meent zij dat de wetgever ten onrechte 'krampachtig vasthoudt aan de schijnzekerheid van de beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige met bewijslast', omdat dit niet strookt met de mogelijkheden van rechters om (ook partij)getuigen goed aan de tand te voelen en afgelegde verklaringen zelf op waarde te schatten.

Komen we toe aan het verschoningsrecht van getuigen. Nadat een notaris een beroep had gedaan op zijn verschoningsrecht gaat de Rechtbank Rotterdam (25 juli 2008, *NJF* 2008/507, *LJN* BG3468) vraag voor vraag na of dat beroep gehonoreerd dient te worden. Daarbij neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat sprake is van een situatie waarin partijen hebben onderhandeld over een zakelijke transactie, daarover overeenstemming hebben bereikt en een en ander tot schriftelijke vastlegging door de notaris heeft geleid. De Hoge Raad heeft bepaald dat in zo'n situatie de, als getuige opgeroepen, notaris zich



niet mag verschonen ter zake van hetgeen hem bekend is over de totstandkoming en de uitleg van de transactie (NJ 1993/467). Gaat het om zaken die de notaris (toch) zijn toevertrouwd, dan kan de notaris wel een beroep doen op zijn verschoningsrecht, hetgeen eveneens vaste rechtspraak is.

Hoewel zij niet behoren tot de kring van de 'vertrouwensberoepen' doen ook sommige toezichthouders een beroep op hun verschoningsrecht. Het beroep van medewerkers van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) wordt gehonoreerd door de Rechtbank Amsterdam (29 november 2007, JOR 2008/41 m.nt. D.R. Doorenbos); niet omdat de geheimhoudingsplicht als opgenomen in art. 1:89 Wft dat bepaalt, maar omdat moet worden voorkomen dat informatie openbaar wordt gemaakt die de AFM in het kader van haar toezichthoudende taak van derden heeft verkregen. Daarentegen komt de als getuige opgeroepen kwaliteitsmanager bij de Raad voor Accreditatie (een toezichthouder voor het bedrijfsleven) geen functioneel verschoningsrecht toe, aldus het Hof 's-Hertogenbosch op 15 januari 2008 (NJF 2008/427 en JBPr 008/45 m.nt. N.A.M.E.C. Fanoy).

### Deskundigenbewijs

Feitenrechten hebben grote vrijheid om al dan niet een deskundigenbericht te gelasten. Die vrijheid gaat zelfs zo ver dat de rechter eerst kan aankondigen een deskundigenbericht te gelasten en daarna toch – zonder motivering – kan besluiten daarvan af te zien, zo oordeelt de Hoge Raad op 11 juli 2008 (NJ 2008/401, VR 2009/6). Wanneer echter een partij na deze tournure van de rechter besluit dan maar zelf een deskundigenrapport in het geding te brengen, mag de rechter dat rapport niet (zonder nadere motivering) buiten beschouwing laten, alleen maar omdat het pas in een laat stadium van de procedure in het geding is gebracht. Het late tijdstip van indiening is immers veroorzaakt door de tournure van de rechter!

Partijen zijn op grond van art. 198 lid 3 Rv verplicht mee te werken aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek. De Rechtbank Utrecht (12 december 2007, NJF 2008/120) worstelt met een partij die weigert medewerking te verlenen aan de deskundige die de

waarde van aandelen moet bepalen. De rechtbank oordeelt dat de deskundige gewoon zijn onderzoek moet uitvoeren en zelf moet bepalen hoe hij dat doet. Vindt de deskundige dat hij zonder medewerking van deze partij geen onderzoek kan doen, dan kan de andere (wel medewerkende) partij, bijvoorbeeld bij provisionele vordering, een gebod tot medewerking vorderen tegen de weigerende partij.

### Voorlopig getuigenverhoor

De Hoge Raad tikt op 6 juni 2008 (NJ 2008/323) het Haagse Hof op de vingers. In zijn (in de vorige kroniek besproken) uitspraak had het hof het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor niet mogen afwijzen om de reden dat de verzoeker (een wegens cocaïnesmokkel veroordeelde man, die smartengeld wilde claimen van de Staat) zijn schade onvoldoende aannemelijk had gemaakt en dus onvoldoende zijn belang bij het verzoek had aangetoond (NJF 2007/248). Volgens de Hoge Raad mag de rechter bij de beoordeling van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor niet (alvast) naar de toewijsbaarheid van de in te stellen vordering kijken. Toch stelt de Rechtbank Amsterdam (12 juni 2008 NJF 2008/373) vlak daarna vast dat de te claimen schade te wijten is aan de eigen schuld van verzoeker en hij dus onvoldoende belang heeft bij het door hem gevraagde getuigenverhoor.

Dat een rechter niet snel wegens gebrek aan belang een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor mag afwijzen, blijkt nogmaals uit het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2008 (NJ 2008/521, JBPr 2009/1 m.nt. E. F. Groot). Ook al hadden partijen een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van hun geschil gesloten, toch mocht een van beide partijen een voorlopig getuigenverhoor verzoeken, in de hoop daarmee de vernietiging (wegens dwaling) aan te tonen. Die enkele wens betekende dat de verzoeker voldoende belang had en dat geen sprake was van misbruik van recht. Om dezelfde reden wijst de Rechtbank Rotterdam (10 januari 2008, NJF 2008/153, JBPr 2008/50 m.nt. H. L. H. Wieten) een verzoek toe, daarbij uitdrukkelijk overwegend dat zij niet vooruit kan lopen op de (door verzoeker gehoopte) uitkomsten van het voorlopig getuigenverhoor.

*Ik ben voorlopig de deskundige op het gebied van haar deskundigheid...*



Hoe verhouden deze uitspraken zich nu tot eerdere arresten van de Hoge Raad? De Hoge Raad heeft immers in het arrest Enka/Dupont (NJ 1986/242) bepaald dat het hebben van enig belang onvoldoende is en dat bij een te zwak materieel recht het verzoek afgewezen mag worden. Vervolgens heeft de Hoge Raad in het Frog/Floriade-arrest (NJ 2005/442 m.nt. Asser) geoordeeld dat de regel van art. 3:303 BW, dat zonder belang niemand een rechtsvordering toekomt, ook van toepassing is op een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor (in die zaak had verzoeker, door het verzoek in een laat stadium van de reeds lopende procedure te doen, onvoldoende belang). De lijn lijkt te zijn dat het aan de verzoeker is om aannemelijk te maken dat hij voldoende belang bij zijn verzoek heeft, maar dat het desondanks voor de wederpartij (die bezwaar maakt tegen het gevraagde getuigenverhoor) kan lonen om twijfel te zaaien over het daadwerkelijke belang van de verzoeker (zie ook Hof Amsterdam 15 mei 2008, JBPr 2008/58 m.nt. E. F. Groot onder JBPr

2008/57; Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, NJF 2008/268).

Overigens blijkt uit Hof 's-Gravenhage (22 mei 2008, JOR 2008/223), dat een in eerste instantie vastgesteld gebrek aan belang in appèl te repareren valt. Het verzoek van de stichting, optredend namens gedupeerde aandeelhouders van KPNQwest, had in eerste instantie geen succes (zie de vorige kroniek en NJF 2007/318) maar werd in appèl toch toegevoegd.

### Voorlopig deskundigenbericht

Zoals ook al in de vorige kroniek aan de orde kwam, moet een rechter in beginsel een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht toewijzen, ook wanneer hij – bijvoorbeeld – deskundigenonderzoek zelf niet zinvol acht (Hof 's-Hertogenbosch 25 juni 2008, NJF 2008/372). Afwijzing van het verzoek mag wel wanneer de rechter niet kan vaststellen dat de voorgestelde deskundige voldoende expertise en gezag heeft op het terrein van het te onderzoeken onderwerp, aldus Hof 's-Hertogenbosch 25 juni 2008, NJF 2008/356. Ook mag de rechter een verzoek afwijzen wanneer dit alleen wordt ingediend vanwege bezwaren van een partij tegen een eerder deskundigenrapport (Rechtbank Amsterdam 11 september 2008, NJF 2008/438).

Een verzekeraar die haar verzoek om een voorlopig deskundigenbericht toegewezen ziet, verkrijgt daarmee niet het recht om af te dwingen dat haar wederpartij (de benadeelde) alle benodigde informatie aan de deskundige verschafft, zo bepaalt de Hoge Raad in twee letselschadezaken (beide 22 februari 2008, RvdW 2008/256 en 261, JA 2008/72 en 73, VR 2008/120). Zie ook Flach in *Ars Aequi katern* 2008/108. Een benadeelde mag immers zelf beslissen om al dan niet medewerking te verlenen aan het (meestal: medische) onderzoek; het is vervolgens aan de rechter om, bij de beoordeling van het geschil, aan de eventuele weigering tot medewerking de gevolgen te verbinden die hij gerdacht acht. Overigens probeerde dezelfde verzekeraar uit deze zaken in een andere letselschadezaak met een incidentele vordering de rechtbank ertoe te bewegen de benadeelde op grond van art. 22 Rv te bevelen al zijn medische, arbeidskundige en verzekeringsgeneeskundige

informatie ter beschikking te stellen aan deze verzekeraar of haar adviseurs. Ook die poging faalt, waarbij de Rechtbank Utrecht (27 augustus 2008, JA 2008/169 m.nt. A. Wilken) voortborduurde op beide arresten van de Hoge Raad en bovendien het privacybelang van de benadeelde laat prevaleren. Zie verder over deze problematiek S.M. Christiaan en W.J. Hengeveld in TVP 2008-2.

## Competentie

Art. 23 EEX-Vo bevat de eisen voor forumkeuzes tussen partijen in handelszaken en heeft tot doel te waarborgen dat er daadwerkelijk wilsovereenstemming over de forumkeuzebepaling bestaat. Nazending van algemene voorwaarden met een forumkeuzebeding na het sluiten van een mondelinge overeenkomst is onvoldoende om aan te nemen dat de mondelinge forumkeuze schriftelijk is bevestigd in de zin van sub a van het artikel (Rb. Haarlem 23 april 2008, NJF 2008/307, Rb. Dordrecht 18 juni 2008, NJF 2008/340 en Rb. Roermond 27 augustus 2008, NJF 2008/497).

Aan de wettelijke regeling van art. 9 Rv ligt de bedoeling van de wetgever ten grondslag dat in Nederland in beginsel een titel moet kunnen worden verkregen, indien geen verdrag of verordening van toepassing is, hetgeen een ruime rechtsmachtregeling veronderstelt. Art. 9 sub c stelt voor Nederlandse rechtsmacht twee cumulatieve vereisten: de zaak moet voldoende verbonden zijn met de Nederlandse rechtssfeer en het moet voor de eiser onaanvaardbaar zijn om de zaak aan het oordeel van een vreemde staat te onderwerpen. Alhoewel aan het eerste vereiste volgens de voorzieningenrechter te Zutphen in NJF 2008/76 (16 januari 2008) is voldaan, verklaart hij zich onbevoegd omdat het enkele feit dat procedures in Jersey als kostbaar moeten worden gekenmerkt, onvoldoende is om aan te nemen dat het voor eiseres onaanvaardbaar in de zin van art. 9 sub c Rv is om in Jersey te procederen. Met andere woorden: het forum necessitatis moet niet, ook niet in kort geding, al te snel tot een verkapt 'forum actoris' worden. Idem Hof Amsterdam 23 september 2008 (NJF 2008/492).

Indien een arbeidscontract een woon-

plaatskeuze van de werknemer bevat, kan deze werknemer volgens het Hof Amsterdam, op grond van de artt. 20 en 59 EEX-Vo, (toch) alleen worden opgeroepen voor de rechter van zijn daadwerkelijke woonplaats (artt. 1:10-14 BW) en niet van zijn gekozen woonplaats ex art. 1:15 BW (27 mei 2008, JAR 2008/163, RAR 2008/129). Deze uitleg is volgens het hof redelijk omdat anders een woonplaatskeuzebepaling in een arbeidscontract de eisen die art. 21 EEX-Vo aan forumkeuzebepalingen in arbeidscontracten stelt, zou omzeilen.

Voor onder andere consumentenzaken brengt art. 110 lid 1 Rv met zich dat de rechter zijn relatieve bevoegdheid ambtshalve beoordeelt. Een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden die (al dan niet) zijn overeengekomen bij het aangaan van een consumentenovereenkomst leidt ingevolge art. 108 lid 2 Rv niet tot bevoegdheid van de aangezeten rechter die niet tevens de rechter van de woonplaats van de consument is (Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 2008, NJF 2008/526). Een succesvol beroep op de vernietiging van algemene voorwaarden waarin een forumkeuzebeding was opgenomen, leidt tot eenzelfde uitkomst, Rb. Dordrecht 17 september 2008, NJF 2008/440 en Rb. Amsterdam, 17 december 2008, NJF 2009/22.

De contractuele verplichting om geschillen aan een mediator voor te leggen, leidt nog altijd niet, anders dan bij arbitrage (art. 1022 Rv) en bindend advies (NJ 1986/275), tot onbevoegdheid van de aangezochte rechter (Rb. Utrecht 15 oktober 2008, NJF 2008/529).

In een zaak waarin partijen twistten of er sprake was van huur of pacht, oordeelde de Hoge Raad op 31 oktober 2008 (RvdW 2008/985) dat de rechter aan wie het geschil wordt voorgelegd zijn bevoegdheid slechts kan beoordelen tegelijkertijd met het geven van een oordeel over de aard van de rechtsverhouding. De rechter die zichzelf bevoegd acht in conventie – te verklaren voor recht dat sprake is van huur – is eveneens bevoegd om in reconventie te oordelen dat (dus) géén sprake is van pacht. Tegen dergelijke oordelen over de eigen bevoegdheid staat geen hogere voorziening open omdat het gaat om een beslissing omtrent de vraag of de zaak naar een andere rechter van gelijke rang moet worden verwe-

zen (vgl. NJ 2007/89). Dit brengt ook met zich dat de rechter die in hoger beroep over de zaak oordeelt, gebonden is aan het bevoegdheidsoordeel van de eerste rechter en de absoluut bevoegde rechter in hoger beroep blijft, ook indien hij tot een ander oordeel komt over de aard van de rechtsbetrekking.

Welke sector is bevoegd als de primaire grondslag van de vordering tot het takenpakket van de sector kanton behoort en de subsidiaire niet? De wet (art. 94 Rv) geeft voor een dergelijk geval geen expliciete regeling, maar het uitgangspunt dient te zijn dat de wetgever bedoeld heeft dat samenhangende vorderingen zo veel mogelijk door dezelfde sector worden beoordeeld. Dat betekent dat de aangezochte rechter zich een voorlopig oordeel moet vormen over het onderwerp van het geschil om over zijn eigen bevoegdheid te beslissen. De kantonrechter van de Rechtbank Haarlem houdt een zaak aan zich die conform de primaire grondslag in overwegende mate betrekking heeft op een arbeids-overeenkomst (NJF 2008/443, 21 augustus 2008).

## Dagvaarding

### Herstelexploten

Onderscheid valt te maken tussen de volgende soorten herstelexploten: op initiatief van de eiser vóór de eerstdienende dag, tot herstel van nietigheidsgebreken (art. 120 lid 2 Rv); op bevel van de rechter in geval van niet-verschijnen van de gedaagde (art. 121 lid 2 Rv); op last van de rechter na in het geding verschijnen van de gedaagde (art. 122 lid 2 Rv) en op initiatief van de eiser, in geval van het niet-aanbrengen van de dagvaarding, binnen veertien dagen na de eerste aangezegde rechtsdag (art. 125 lid 4 Rv). Een onjuiste vermelding van de datum van het arrest waartegen cassatie wordt ingesteld, is geen nietigheidsgebrek in de cassatiedagvaarding in de zin van art. 120 lid 2 Rv. Herstel van dit gebrek vóór de eerstdienende dag, onder intrekking van de cassatiedagvaarding, na het verstrijken van de cassatietermijn leidt tot niet-ontvankelijkheid in cassatie (HR 25 januari 2008, NJ 2008/67).

In RvdW 2008/1084 (HR 28 november 2008) had eiser tot cassatie een opmer-

kelijke betekeningfout gemaakt. Op de voet van art. 63 Rv werd de cassatiedagvaarding op de laatste dag vóór het verstrijken van de cassatietermijn betekend aan de eigen procureur in de appèlinstantie in plaats van aan de procureur van verweerster in cassatie. Dit is een met nietigheid bedreigd gebrek in de dagvaarding. Gebruikmakend van de herstelbaarheid van art. 120 lid 2 Rv herstelde eiser dit gebrek twee weken later, nog vóór de eerstdienende dag, doch na het verstrijken van de cassatietermijn. A-G Verkade concludeert dat het belang van gedaagde dat hij er op mocht vertrouwen dat hij sinds het verstrijken van de cassatietermijn 'van de zaak af was' onredelijk zouden worden benadeeld indien de eiser dit gebrek op deze termijn zou kunnen helen. Maar de Hoge Raad oordeelt dat dit gebrek, op grond en de voet van art. 120 lid 2 Rv, op deze wijze kon worden hersteld (vgl. NJ 2007/409 en JBPr 2007/84 in de kroniek van 2007).

Versijnt een partij op een met nietigheid bedreigde gebrekkige dagvaarding, dan moet voor een nietigheidsoordeel vast komen te staan dat de processuele belangen van deze partij zijn geschaad in de zin van art. 122 Rv. Wanneer een dergelijk gebrek in een appèldagvaarding (de vermelding van de woonplaats van de geïntimeerde) pas ná het verstrijken van de appèltermijn is hersteld, leidt dat, bij verschijning van de geïntimeerde op het herstelexploot, tot dezelfde beoordelingstoets, aldus het Hof Amsterdam, en in casu niet tot nietigheid van de dagvaarding (29 mei 2008, JBPr 2008/43 m.nt. H.W. Wiersma).

Indien een exploit tot herstel van een nietigheidsgebrek (in de zin van art. 120 lid 2 Rv, maar te laat om het gebrek vóór de eerstdienende dag te herstellen) wordt uitgebracht binnen veertien dagen ná de eerste rechtsdag, onder instandlating van de appèldagvaarding, is appellant wel ontvankelijk in zijn appèl op dat laatste exploit (HR 8 februari 2008, NJ 2008/94). De appellant maakt dan (handig) gebruik van de herstelbaarheid van art. 125 lid 4 Rv.

### Internationale betekening

Het Arnhemse Hof heeft op 1 april 2008 te oordelen over art. 19 van de Betekeningverordening (hierna 'BetVo').



Deze verordening voorziet niet in het nietig verklaren van exploiten; wel in het verlenen van verstek ondanks het niet verschijnen van een gedaagde en in het aanhouden van zaken zolang nog niet is gebleken dat gedaagde conform de verordening is opgeroepen. Conform de jurisprudentie onder het Betekeningverdrag zou bij niet-verschijnen van een gedaagde aanhouding van de zaak de regel moeten zijn, en kan verstek worden verleend indien is voldaan aan de vereisten a) dat het procesinleidend stuk conform de BetVo is betekend, b) sinds het tijdstip van verzending ten minste zes maanden zijn verstreken en c) in weerwil van de aanwending van alle redelijke inspanningen bij de bevoegde autoriteiten geen bewijs van betekening kon worden verkregen, aldus M. Freudenthal in haar noot onder dit arrest in JBPr 2008/34 (tevens gepubliceerd in NJF 2008/448). Het hof oordeelt echter dat art. 7 lid 2 van de Uitvoeringswet EG-BetVo voor Nederlandse rechters met zich brengt dat zij een discretionaire



bevoegdheid hebben om de aanlegger al dan niet een termijn te verlenen voor het overleggen van het bewijs van betekening. Het hof vernietigt de nietigverklaring van de rechtbank alsnog op andere gronden, omdat in appèl certificaten van betekening zijn overgelegd waaruit blijkt dat de betekening conform de verordening wel vóór de eerstdienende dag had plaatsgevonden.

Evenmin regelt de BetVo de consequentie van het door de geïntimeerde in het geding verschijnen op een uitgebrachte dagvaarding aan het kantoor van de advocaat/procureur in vorige instantie, ondanks het niet-nasturen daarvan krachtens de BetVo. Het HvJ EG heeft in *RvdW* 2006/98 reeds uitgemaakt dat de nationale rechter de gevolgen van dit verschijnen in beginsel naar nationaal recht mag bepalen. Als de geïntimeerde zich niet vóór alle weren beroept op strijd met zijn processuele belangen (in de zin van art. 122 Rv) diende het hof het betekeningsgebrek voor gedekt te houden en appellante niet niet-ontvankelijk te verklaren, HR 30 mei 2008, *JBPr* 2008/29 (Magnus/Octopus, ook gepubliceerd in *NJ* 2009/70 m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2009/69) en *JBPr* 2008/30 (Snellink/Safran) m.nt. M. Freudenthal, die ingaat op de oproepingsfunctie van de dagvaarding in het perspectief van de BetVo en de tweeledige functie van de dagvaarding in het Nederlandse procesrecht (oproeping en informatie). Zie het onderdeel Wetgeving over de (inwerkingtreding van de) nieuwe BetVo (II).

Het HvJ EG beantwoordt in *NJ* 2009/69 (8 mei 2008, m.nt. P. Vlas) prejudiciële vragen over het weigeren van het in ontvangst nemen van een gedinginleidend stuk in de zin van art. 8 BetVo, omdat er geen vertaalde bijlagen bij zaten. Mag dat? Het HvJ EG antwoordt:

1 dat de geadresseerde de ontvangst daarvan niet mag weigeren voor zover dit stuk hem in staat stelt, in het kader van een gerechtelijke procedure in de lidstaat van verzending zijn rechten geldend te maken, wanneer bij dit stuk bijlagen met bewijsstukken zijn gevoegd die niet zijn gesteld in de taal van de aangezochte lidstaat of een taal van de verzendende lidstaat die de geadresseerde begrijpt, als die enkel een bewijsfunctie hebben en niet onontbeerlijk zijn om het

voorwerp en de grond van de vordering te begrijpen;

- 2 een taalkeuzebeding in de overeenkomst tussen partijen levert niet het vermoeden op dat de geadresseerde deze taal begrijpt in de zin van het artikel, doch slechts een aanwijzing die de rechter in aanmerking kan nemen bij het bepalen of de geadresseerde de taal begrijpt, en
- 3 de geadresseerde mag het stuk in geen geval weigeren wanneer de bijlagen correspondentie bevatten in de taal van het overeengekomen taalkeuzebeding.

### Waarheidsplicht/Substantiërings- en bewijsaandraagplicht

Partijen bepalen de aard en omvang van het geschil. Daarbij moeten zij ingevolge het bepaalde in art. 21 Rv de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren. In *NJF* 2008/358 (Rb. Amsterdam 25 juni 2008) leidt schending van die plicht door de eisende partij er onder meer toe dat diens vordering bij gebreke van een voldoende draagkrachtige grondslag wordt afgewezen.

In *LJN* BD8378 (Rb. Zutphen 16 juli 2008) had de eisende partij nagelaten om in de dagvaarding de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren en was ook niet voldaan aan de substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv. Gelet daarop acht de rechtbank de poging van eiseres om het één en ander te repareren door ten behoeve van de comparitie een stuk in te dienen dat het karakter draagt van een conclusie van repliek, in strijd met de goede procesorde en gaat de rechtbank daar om die reden aan voorbij. Gevolg: verweer slaagt en de vordering wordt afgewezen.

In een zaak over de vaststelling van de hoogte van kinderalimentatie leefden beide partijen het bepaalde in art. 21 Rv niet na (Hof Arnhem 9 september 2008, *NJF* 2009/1). Daardoor was het onmogelijk een waarheidsgetrouwe draagkrachtverdeling te maken en gaat het hof er bij gebreke van verifieerbare gegevens (maar) van uit dat ieder der partijen de helft van de kosten van de kinderen voor zijn rekening neemt.

## Executie

### Misbruik van (proces)recht/ Executiegeschil

Buiten de gevallen van een feitelijke of juridische misslag of nieuwe feiten en omstandigheden wordt slechts bij hoge uitzondering misbruik van executiebevoegdheid van een gerechtelijke uitspraak aangenomen. Een dergelijke uitzondering is aan de orde als vast komt te staan dat de vordering waarvoor een titel is verkregen al blijkt te zijn voldaan vóórdat ter zake vonnis is gewezen (vgl. *NJ* 2007/173). Daaronder valt volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem (4 juli 2008, *NJF* 2008/408) ook het tenietgaan van de verbintenis door verrekening met een tegenvordering, zodat hij de executie van de betreffende titel – onder de voorwaarde van zekerheidstelling voor die vordering – schorst totdat in een door de geëxecuteerde aanhangig te maken bodemprocedure over dat gepretendeerde verrekeningsrecht is beslist. Zie in dat verband ook Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008 (*JOR* 2009/85). In die zaak leidt het executeren van een vonnis, waarbij de schuldenaar – ondanks dat de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing was – werd veroordeeld tot voldoening van een geldbedrag, tot het oordeel dat er sprake is van misbruik van (executie) bevoegdheid.

### Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing/Alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad

Indien hoger beroep is ingesteld tegen een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan de appèlrechter in een incident op de voet van art. 351 Rv de tenuitvoerlegging daarvan schorsen. Daarnaast biedt art. 438 lid 2 Rv de voorzieningenrechter de mogelijkheid om de executie van een vonnis te schorsen. De Roermondse voorzieningenrechter voelt in *NJF* 2008/94 (18 januari 2008) niets voor een dergelijk bevel als er ook tegen het te executeren vonnis appèl is ingesteld. De formulering van art. 351 Rv zou duiden op een exclusieve bevoegdheid van de rechter in hoger beroep. Hij verklaart de eisende partij om die reden niet-ontvankelijk in zijn vordering. In *TCR* 2009/1 merkt T.F.E. Tjong

Tjin Tai hierover op dat deze uitspraak onjuist lijkt nu de wetgever zich bij de wijziging van 2002 niet duidelijk erover heeft uitgelaten dat een executiegeschil naast een incident in appèl niet zou zijn toegestaan. In ieder geval vernietigt het Hof 's-Hertogenbosch in *NJF* 2009/102 (23 december 2008) een vergelijkbaar (niet-gepubliceerd) vonnis van de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank. Het hof overweegt dat uit de tekst van art. 351 Rv niet valt af te leiden dat de mogelijkheid van een executiekortgeding komt te vervallen met het instellen van hoger beroep. Dit neemt, volgens het hof, uiteraard niet weg dat de voorzieningenrechter een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan afwijzen op de grond dat van de appèlrechter in het bodemgeding een beslissing ex art. 351 Rv op korte termijn valt te verwachten. Anderzijds ontnemt de afwijzing van de incidentele vordering tot schorsing van de executie de belanghebbende partij niet de mogelijkheid om nadien – bijvoorbeeld op grond van nieuwe feiten en omstandigheden – schorsing van de tenuitvoerlegging aan de voorzieningenrechter te vragen.

Voor wat betreft de in een dergelijk incident te hanteren norm(en), bepleit Tjong Tjin Tai in genoemd *TCR*-artikel dat ook naar de kans van slagen van het ingestelde appèl gekeken kan worden. De te hanteren norm voor schorsing zou volgens hem een belangenafweging moeten zijn waarbinnen de voorwaarden voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid uit *NJ* 1984/145 (Ritzen/Hoekstra) mede een rol spelen. In *NJF* 2008/157 kijkt het Amsterdamse Hof (15 januari 2008) enkel naar dat laatste. Ook het Hof Arnhem laat in *JOR* 2009/91 (9 december 2008) de kans van slagen van het hoger beroep buiten beschouwing.

Zie voor de spiegelbeeldige situatie (alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad na aanwending van een rechtsmiddel) en de daarbij te hanteren norm *HR* 30 mei 2008, *NJ* 2008/311.

### Dwangsom

Een dwangsom kan pas worden verbeurd nadat de uitspraak waarbij deze is vastgesteld, is betekend (art. 611a lid 3 Rv). In kort geding wordt nog wel eens alleen een kop-staart-vonnis aan partijen ter hand gesteld en volgt later het uit-

gewerkte vonnis. De dwangsom wordt (natuurlijk) verbeurd vanaf het moment dat een dergelijk kop-staartvonnis is betekend en niet op het moment dat het uitgewerkte vonnis gereed is (zie vnzgr. Rb. Arnhem 20 februari 2008, *JBPr* 2008/23).

De rechter die kennisneemt van een vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van een dwangsom, is blijkens Benelux-Gerechtshof 27 juni 2008 (*NJ* 2008/339) in zijn hoedanigheid van dwangsomrechter niet bevoegd kennis te nemen van een vordering die strekt tot de vaststelling dat de hoofdveroordeling is nagekomen. Een dergelijke vordering hoort bij de executierechter thuis.

kop-staart-dwangsom!



In *HR* 15 februari 2008 (*NJ* 2008/437 m.nt. A.I.M. van Mierlo, *JBPr* 2008/25 m.nt. H.W. Wiersma) komt naar voren dat de vraag naar de disproportionaliteit tussen verbeurde dwangsommen en het geschonden belang van de partij die de dwangsomveroordeling executeert, uitsluitend op de voet van art. 611d Rv kan worden beantwoord door de dwangsomrechter.

In het geval de dwangsomrechter heeft te oordelen over de vraag of er sprake is van een 'onmogelijkheid' in de zin van art. 611d Rv, moet onderzocht worden of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de veroordeling te voldoen (zie Benelux-Gerechtshof 29 april 2008, *NJ* 2008/309). In het geval de 'onmogelijkheid' die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid daterend van vóór de veroordeling, dan mag de

rechter op grond daarvan slechts onder bijzondere omstandigheden het wijzigen van de dwangsom weigeren. Daarbij valt met name te denken aan gedragingen van de veroordeelde die hij in het zicht van de mogelijke veroordeling welbewust heeft verricht om de naleving daarvan te bemoeilijken of te beletten.

Een eerder in kort geding veroordeelde werknemer vraagt de rechtbank in *NJF* 2008/388 (Rb. Amsterdam 4 juni 2008) om voor recht te verklaren dat hij geen dwangsommen heeft verbeurd met betrekking tot een eerder in kort geding gegeven verbod om relaties en/of personeel van zijn voormalige werkgever actief te benaderen. Toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv zou er in deze bodemzaak toe leiden dat hij wordt belast met het bewijs van zijn stelling dat hij de door de wederpartij gestelde overtredingen niet heeft gepleegd. Daar voelt de rechtbank niets voor, zodat zij oordeelt dat (ook) in deze situatie de executant van de verbeurde dwangsommen de bewijslast van de gestelde overtredingen draagt.

### Exequatur

Op 7 november 2008 heeft de Hoge Raad in een vijftal zaken de gelijklopende beslissing genomen dat onder de EEX-Verordening verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland kan worden verleend op een door de Duitse rechter gegeven 'Kostenfestsetzungsbeschluss' dat is gebaseerd op een ex parte uitgevaardigde 'einstweilige Verfügung' (zie *NJ* 2008/579 en *RvdW* 2008/1017-1020).

### Exhibitieplicht

In *NJF* 2009/85 (Rb. Amsterdam 31 december 2008) werd in een incident ex art. 843a Rv gevorderd om inzage te verstrekken in een advies van een afdeling van de gemeente Amsterdam. De gemeente zei het advies niet te kunnen vinden. De rechtbank vindt echter dat de gemeente niet goed heeft gezocht en wijst de vordering toch toe. Mocht alsnog blijken dat het advies niet is te achterhalen, dan zullen schriftelijke verklaringen van betrokkenen duidelijkheid moeten scheppen over het bestaan en zo mogelijk de inhoud van het advies.

Art. 843a Rv stelt de eis dat er sprake is van een rechtsbetrekking tussen de eiser en de houder van de bescheiden.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch gaat er in haar vonnis van 16 april 2008 (NJF 2008/228, JA 2008/68 m.nt. J. Ekkelmans) van uit dat de eiser en de houder niet zelf beide rechtstreeks als partij betrokken hoeven te zijn. Als de bescheiden maar relevant kunnen zijn voor het voorliggende geschil, zo redeneert de rechtbank. Volgens annotator Ekkelmans is de rechtspraak op dit punt nog verdeeld, maar sluit deze ruimhartige benadering aan bij de bedoeling van de wetgever. In NJF 2009/31 stelt ook het Hof Amsterdam (25 november 2008) voorop dat het begrip 'rechtsbetrekking waarin verzoeker partij is' uit lid 1 van genoemde bepaling ruim dient te worden uitgelegd. Toch strandt in die zaak een uit de Verenigde Staten afkomstig rechtshulpverzoek tot afgifte van een in bewaring gegeven broncode van software met bijbehorende documentatie. Het bepaalde in de Escrow-overeenkomst staat aan afgifte in de weg en daarnaast kan het verzoek niet worden toegewezen in verband met het door Nederland gemaakte voorbehoud bij het Haags Bewijsverdrag dat geen uitvoering zal worden gegeven aan rogatoire commissies tot het houden van een procedure, die in een staat waarin de Common Law geldt, bekend is als 'Pre-Trial-Discovery of Documents'.

Strikte toepassing van het overgangsrecht bij het sinds 1 januari 2002 geldende Rv, zou in NJF 2008/264 (Rb. Rotterdam 19 maart 2008) met zich brengen dat in deze – al voor 1 januari 2002 aanhangig gemaakte – zaak art. 843a oud Rv zou moeten worden toegepast, terwijl het hof in een eventueel hoger beroep het – ruimer geformuleerde – thans geldende art. 843a Rv zou moeten toepassen (art. VII van de overgangsbepalingen bij het herziene procesrecht, *Stb.* 2001, 580). Volgens de rechtbank zou dit tot verschillende uitkomsten kunnen leiden, zodat in haar visie een redelijke wetstoepassing met zich meebrengt dat in deze oude zaak – in afwijking van het overgangsrecht – het huidige art. 843a Rv wordt toegepast.

In een civiele procedure is het niet ongebruikelijk dat de ene partij over meer gegevens/bewijsmateriaal beschikt dan de andere partij. Dat is niet zonder meer in strijd met het in art. 6 EVRM vervatte beginsel van 'equality of arms' en dus niet zonder meer grond om afschrift

daarvan aan de andere partij te verstrekken (zie Rb. Amsterdam 2 april 2008, NJF 2008/237).

In NJF 2009/39 oordeelt het Hof Amsterdam (2 december 2008) dat een partij in een gevoerde arbitrale procedure terecht verlangt dat aan haar afschrift wordt verstrekt van de aantekeningen van de secretaris van het scheidsgerecht, dit ter ondersteuning van haar bewijspositie in een procedure tot vernietiging van het betreffende arbitrale vonnis. Wel bepaalt het hof dat de verplichting tot afgifte moet worden beperkt tot die aantekeningen die met het oog op de vernietigingsprocedure noodzakelijk zijn en waarvan de afgifte tevens niet strijdig is met het – prioriteit genietende – belang van het geheim van de raadkamer. Daartoe wordt bepaald dat een onafhankelijke derde de aldus niet onder de inzageverplichting vallende onderdelen onleesbaar moet maken.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda beslist in zijn vonnis van 31 juli 2008 (NJF 2008/395, JOR 2008/254) over de vordering van een curator, die inzage wenst in de harde schijf van de laptop van de voormalige bedrijfsjurist van de failliet. Dit om onderzoek te doen in de eventueel op de harde schijf aanwezige bestanden. Art. 843a Rv biedt daarvoor geen basis, omdat de curator niet 'bepaalde bescheiden' vordert, zoals lid 1 van dit artikel eist. Toch krijgt de curator de door hem verlangde inzage. Overwogen wordt dat het strookt met de kennelijke bedoeling van de wetgever en past in het stelsel van de wet om de curator ook het recht toe te kennen om informatie die tot de administratie behoort en die hij niet in de boedel aantreft, op te vorderen van derden die eigenaar zijn van de dragers van die informatie.

