

kroniek burgerlijk procesrecht deel 1



kroniek
2007¹

.....

Deel 1

Algemene beginselen

- Hoor en wederhoor
- Lijdelijkheid en partijautonomie

Arbitrage en bindend advies

Beslag

- Derdenbeslag
- Eis in hoofdzaak
- Opheffing beslag
- Bewijsbeslag
- Beslag op domeinnaam
- Vormerkung
- Varia

Bewijs

- Bewijslast(verdeling)
- Bewijsaanbod
- Bewijsmiddelen
- Getuigenbewijs
- Deskundigenbewijs

- Voorlopig getuigenverhoor
- Voorlopig deskundigenbericht

Competentie

Dagvaarding

- Woonplaats gedaagde
- Herstel en herstelexploot
- Internationale betekening
- Substantiërings- en bewijsaandragplicht
- Varia

Executie

- Misbruik van (proces)recht/ Executiegeschil
- Dwangsom/lijfsdwang
- Exequatur
- Exhibitieplicht

Gezag van gewijsde

Incidenten

- Ontslag en verval van instantie
- Schorsing en hervatting
- Voeging en tussenkomst

.....

Deel II

(in *Advocatenblad* 2008-11)

Kort geding

Kosten

- Buitengerechtelijke kosten
- Vast recht
- Proceskosten
- Nakosten

Partijperikelen

- Ouders en kinderen
- Verkeerde partij

Hoger beroep

- Appellabiliteit
- Appèltermijn
- Tussentijds appèl
- Grievens

Devolutieve werking hoger beroep

Berusting

Varia

Verzet

Herroeping

Schadestaatprocedure

Uitspraak

- Uitvoerbaarheid bij voorraad
- Varia

Wijziging van eis

Wraking

Wet- en regelgeving/boeken

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

Henriëtte Bast, Robert Hendrikse, Leonie Rammeloo, Sylvia Zum Vörde Sive Vörding²

Algemene beginselen

Hoor en wederhoor

Uitgangspunt is dat partijen zich moeten kunnen uitlaten over al hetgeen in de procedure naar voren komt. Dat geldt blijkens HR 23 maart 2007 (NJ 2007/178, JBPr 2007/59 m.nt. A. Smeeke) ook voor strafvonnissen waarvan de rechter ambtshalve kennis heeft genomen. Het ambtshalve bekijken van foto's uit een strafdossier van een derde en hier bewijs aan ontlenuen, zonder deze foto's aan partijen te tonen, is natuurlijk ook in strijd met het in art. 19 Rv verankerde beginsel van hoor en wederhoor (zie HR 10 november 2006, RvdW 2006/1064, JBPr 2007/31 m.nt. H.L.G. Wieten).

Lijdelijkheid en partijautonomie

Het Hof Arnhem had in HR 19 oktober 2007 (NJ 2008/51) een omgangsregeling gewijzigd overeenkomstig hetgeen de man in eerste aanleg (maar niet in hoger beroep) had verzocht. Het hof had partijen echter eerst in de gelegenheid moeten

stellen zich over de ruimere omgangsregeling uit te laten. Zoals A-G Strikwerda in zijn conclusie bij dit arrest opmerkt, heeft de rechter in dit soort zaken weliswaar een ruime mate van beslissingsvrijheid, maar zal de rechter in verband met het voorschrift van art. 24 Rv geen beslissing mogen geven waarop partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht behoeften te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten. In dit kader casseert de Hoge Raad ook in een geschil over de afwikkeling van een boedel. Het hof had in die zaak de feitelijke grondslag van de vordering van één der partijen aangevuld na deze zelfstandig uit de stukken te hebben afgeleid (zie HR 12 januari 2007, RvdW 2007/88). In HR 24 november 2006 (NJ 2007/539 m.nt. H. J. Snijders, JBPr 2007/34 m.nt. K. Teuben) trad het hof eveneens buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen en wel door een beroep op eigen schuld op een niet aangevoerde feitelijke grondslag te verwerpen.

Arbitrage en bindend advies

Over de vernietiging van arbitrale vonnissen wordt regelmatig geprocedeerd bij de burgerlijke rechter, meestal met een beroep op art. 1065 lid 1 Rv. Dit artikel noemt onder meer als vernietigingsgrond de situatie dat het vonnis 'niet met redenen omkleed' is. Maar wanneer is daarvan sprake? Al eerder had de Hoge Raad (NJ 2000/508 (Benetton)) beslist dat vernietiging alleen mogelijk is wanneer een motivering ontbreekt; vernietiging kan dus niet bij een ondeugdelijke motivering. Daarna heeft de Hoge Raad (NJ 2005/190 (Nannini)) geoordeeld dat,



wanneer een arbitraal vonnis een apert ondeugdelijke motivering bevat, dit gelijkgesteld moet worden met het ontbreken van een motivering en dat ook in dat geval vernietiging mogelijk is. Daarmee zette de Hoge Raad 'de deur op een kier' voor inhoudelijke toetsing van arbitrale vonnissen door de burgerlijke rechter. Met het arrest van 22 december 2006 (NJ 2008/4 m.nt. H. J. Snijders; JBPr 2007/35 m.nt. I. P. M. van den Nieuwendijk; BR 2007/359; M. H. de Boer en S. J. Meijer in TCR 2007, p. 53) lijkt de Hoge Raad deze kier iets te willen verkleinen, maar de opening blijft bestaan. De Hoge Raad benadrukt in dit arrest dat de burgerlijke rechter terughoudend moet zijn bij inhoudelijke toetsing van arbitrale vonnissen en slechts in sprekende gevallen mag ingrijpen. Dit om te voorkomen dat een vernietigingsprocedure een verkapt appèl van het arbitraal vonnis wordt. Toch blijft vernietiging van een arbitraal vonnis mogelijk, niet alleen wanneer de motivering volledig ontbreekt, maar (nog steeds) ook als de motivering zó gebrekkig is dat die op één lijn is te stellen met een ontbrekende motivering, zoals de Hoge Raad in dit arrest van oordeel is.

Een andere vernietigingsgrond genoemd in art. 1065 Rv betreft: strijd met de openbare orde. Daaronder wordt in de praktijk ook de goede procesorde begrepen. Een belangrijke component van de goede procesorde is natuurlijk het be-

1 Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2007 zijn gewezen en van oudere uitspraken die in 2007 zijn gepubliceerd en niet in de kroniek van vorig jaar zijn vermeld. Daarnaast is er een overzicht opgenomen van relevante in 2007 in werking getreden wet- en regelgeving op BPR-gebied, alsmede van relevante boeken op dat gebied die in 2007 zijn verschenen. 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 desbetreffende uitspraak tevens in de NJ is gepubliceerd.
2 Allen werkzaam bij Van Doorne in Amsterdam.

ginsel van hoor en wederhoor. De Hoge Raad oordeelde op 25 mei 2007 (*NJ* 2007/294; *JBPr* 2007/75 m.nt. J. F. Fleming) over een arbitraal vonnis dat was gewezen op basis van een verklaring van een niet van tevoren aangekondigde ter zitting aanwezige getuige. De getuige verklaarde ten gunste van één van de partijen bij de arbitrage. Vervolgens mocht de andere partij zich niet uitlaten over de door deze getuige afgelegde verklaring en mocht zij evenmin in contra-enquête andere getuigen doen horen. De Hoge Raad bestempelt dit (natuurlijk) als schending van het beginsel van hoor en wederhoor en laat daarom de (door de rechtbank uitgesproken en door het hof bekrachtigde) vernietiging van het arbitrale vonnis in stand.

In het bindend advies, over een geschil naar aanleiding van een keukenrenovatie, stond een fout. In de vernietigingsprocedure parafraseert de kantonrechter te Bergen op Zoom (23 mei 2007, *NJF* 2007/327) de mogelijkheden tot vernietiging van een bindend advies door de burgerlijke rechter: alleen ernstige gebreken kunnen verbondenheid aan een bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken (vgl. *NJ* 1998/382). Nu dit bindend advies een fout bevatte op basis van verkeerde partij-informatie, komt die fout voor rekening van partijen en bestaat geen grond voor vernietiging van het bindend advies. Langs dezelfde maatstaf beoordeelt het Hof Arnhem (29 augustus 2006, *JBPr* 2007/70 m.nt. P.E. Ernste) een bindend advies over krassen op een parket. Het hof vernietigt dit bindend advies, omdat het was gebaseerd op een deskundigenbericht van een vooringenomen en niet-onafhankelijke deskundige. In dat geval is de gebondenheid aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en kan het bindend advies vernietigd worden op grond van art. 7:904 lid 1 BW.

Beslag

Derdenbeslag

In HR 26 januari 2007 (*NJ* 2007/76, *JOR* 2007/79 m.nt. N.E.D. Faber, *VN* 2007/13.23) wordt – in de woorden van

annotator Faber – een einde gemaakt aan het geharrewar in de lagere jurisprudentie met betrekking tot het rechtskarakter van een girale betaling. In het berechte geval had de derdebeslagene nog vóór de executoriale beslaglegging via de bank een betaling gedaan aan de beslagdebiteur. De beslagdebiteur had haar bank daarna opdracht gegeven het betaalde bedrag terug te storten op de bankrekening van de derdebeslagene. Dit bleek niet mogelijk omdat de derdebeslagene na de beslaglegging haar bankrekening had geblokkeerd – reden waarom de bank het bedrag bijschreef op een verschillenrekening, waarna het naar een (andere) rekening van de beslagdebiteur werd overgemaakt. Even daarvoor was nogmaals executoriaal derdenbeslag gelegd. Vraag is of een van beide beslagen doel heeft getroffen. Het Hof Den Bosch had de kwestie goederenrechtelijk benaderd en was tot de slotsom gekomen dat de bank het door de beslagdebiteur teruggestorte bedrag aanvankelijk had gehouden voor de derdebeslagene, maar vervolgens, als gevolg van een mededeling van de derdebeslagene, was gaan houden voor de beslagdebiteur. Het bedrag was volgens het hof na het eerste beslag tot het vermogen van de derdebeslagene gaan behoren, maar nog voor het tweede beslag daar weer uitgeraakt. De Hoge Raad overweegt echter dat de verhouding tussen de beslagdebiteur en de bank als giro-instelling verbintenisrechtelijk van aard is en dat ook de vraag of de beslagdebiteur een vordering op de derdebeslagene had vanuit het verbintennisrecht moet worden beoordeeld. Het Bossche hof heeft dit miskend, zodat het Arnhemse hof alsnog de juiste benadering mag toepassen.

De beslaglegger die conservatoir derdenbeslag heeft gelegd, heeft – anders dan de executant in geval van een executoriaal derdenbeslag – niet de bevoegdheid de door de derde gedane verklaring op de voet van art. 4:77a lid 2 Rv in rechte te betwisten. Laatstgenoemd artikel is niet van overeenkomstige toepassing op een conservatoir derdenbeslag, zodat de beslaglegger in Rb. 's-Gravenhage 4 april 2007 (*NJF* 2007/231) niet-ontvankelijk is in zijn vordering. De conservatoire fase staat er echter niet aan in de weg om in

kort geding nakoming van de uit artt. 4:76a en b Rv voortvloeiende verklaringplicht te vorderen, zoals ook Vzng. Rb. Utrecht, 14 februari 2007 (*NJF* 2007/533, *JOR* 2007/193 m.nt. A.J. Verdaas) oordeelt.

Eis in hoofdzaak

In HR 9 februari 2007 (*NJ* 2007/103, *JBPR* 2007/43 m.nt. M.A.J.G. Janssen, *SES* 2007/49) komt de ratio van de termijn voor het instellen van een eis in hoofdzaak (art. 700 lid 3 Rv) aan bod en de vraag wat de appèlrechter moet doen als deze de beslissing van de voorzieningenrechter tot opheffing van een conservatoir beslag vernietigt. Art. 700 lid 3 Rv heeft de strekking te voorkomen dat de schuldeiser het beslag alleen als pressiemiddel gebruikt en na het leggen van het beslag stil blijft zitten. Deze ongeoorloofde druk op de schuldenaar doet zich niet voor wanneer de voorzieningenrechter het beslag bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis heeft opgeheven. De in het beslagverlof gestelde termijn van art. 700 lid 3 Rv verliest dan eveneens zijn werking, zodat hangende het appèl tegen het opheffingsvonnis geen bodemprocedure aanhangig hoeft te worden gemaakt. De appèlrechter die het opheffingsvonnis vernietigt, dient daarom op de voet van art. 700 lid 3 Rv een nieuwe termijn te bepalen.

Over het antwoord op de vraag of het aanhangig maken van een bindend adviesprocedure heeft te gelden als eis in de hoofdzaak zijn de meningen nog steeds verdeeld. Rb. Amsterdam 18 oktober 2006 (*JBPr* 2007/40 m.nt. A. van Hees) meent van wel in een zaak die voor een bindend advies was voorgelegd aan de Adviescommissie Voorwaarden & Tarieven van de NVM. Drie maanden later wordt dit vonnis overigens bekrachtigd door het Hof Amsterdam in zijn arrest d.d. 31 januari 2008 (*JBPr* 2008/21 m.nt. P.E. Ernste).

Opheffing beslag

De situatie waarin in het rekest is vermeld dat er al een eis in de hoofdzaak is ingesteld, terwijl dit naderhand onjuist blijkt te zijn, is volgens Vzng. Rb. Breda 11 mei 2007 (*NJF* 2007/383) gelijk te stellen aan de situatie waarin de eis in hoofdzaak niet binnen de daarvoor be-

paalde termijn wordt ingesteld. Dit leidt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat de beslagen niet rechtsgeldig zijn gelegd en dus non-existent zijn.

In HR 30 juni 2006 (*RvdW* 2006/670) werd reeds geoordeeld dat een belangenafweging dient plaats te vinden, indien opheffing van een conservatoir beslag wordt gevorderd op de grond dat de vordering tot verzekering waarvan beslag was gelegd in eerste aanleg is afgewezen, hoewel tegen dit vonnis appel is ingesteld. Dat er een oordeel in eerste aanleg ligt, weegt mee, maar is niet zonder meer beslissend. Vzng. Rb. Haarlem 19 januari 2007 (*NJF* 2007/112) hanteert dit zelfde uitgangspunt in een zaak waarbij opheffing van het beslag wordt gevorderd en een herroepingsprocedure als eis in hoofdzaak ter discussie staat. Hof Amsterdam 28 juni 2007 (*NJF* 2007/424) bekrachtigt dit oordeel.

Vzng. Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2007 (*NJF* 2007/210) acht zich niet bevoegd met betrekking tot een opheffingsvordering van een in Suriname gelegd beslag. De Surinaamse rechter, die het verlot tot het beslag heeft verleend, is bevoegd dit op te heffen. Dat de bodemzaak in Den Haag aanhangig is, leidt niet tot bevoegdheid van de Haagse voorzieningenrechter.

In het algemeen wordt geen verlot verleend voor het leggen van beslag onder de schuldeiser zelf, als de verzoeker beoogt een jegens hem ten gunste van de gerekstreerde gewezen uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis te frustreren (vgl. *Beslagsyllabus*, p. 16). Deze situatie deed zich echter niet voor in Vzng. Rb. Amsterdam 26 juli 2007 (*NJF* 2007/395), waarin de beslaglegger/schuldenaar op verzoek van gerekstreerde vrijwillig conform het vonnis een bedrag had overgemaakt op de derdenrekening van de advocaat van de gerekstreerde, waarna beslag op die rekening was gelegd. Formeel was er derhalve geen beslag gelegd onder de schuldeiser zelf.

Bewijsbeslag

Op 1 mei 2007 is de aan Boek 3 Rv toegevoegde titel 15 ('Van rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom') van kracht geworden (zie

ook hierna onder Wet- en regelgeving/boeken). De regeling is van toepassing op de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten als bedoeld in art. 1019 Rv en voorziet onder meer in de mogelijkheid om verlot te vragen voor het leggen van conservatoir beslag tot bescherming van bewijs, kortweg bewijsbeslag genoemd. Anders dan eiseres in Vzng. Rb. Arnhem 1 juni 2007 (*NJF* 2007/354, *IER* 2007/94, *BIE* 2008/2 m.nt. C.J.J.C. van Nispen) had bepleit, kan de regeling in Nederland worden gebruikt voor de handhaving in Duitsland van een Duits octrooirecht. Daarnaast oordeelt de voorzieningenrechter dat het doel van een conservatoir bewijsbeslag uitsluitend is om bewijsstukken veilig te stellen en dus de bestaande situatie te conserveren. Het beslag is er volgens hem niet voor bedoeld om de beslaglegger de mogelijkheid te bieden de bewijsstukken in te zien en daarover de beschikking te krijgen. Voor zover het verleende verlot dit laatste toestond, is het te ruim geweest en herziet de voorzieningenrechter het verlot op grond van art. 1019e lid 3 Rv.

Titel 15 is ook van toepassing op zaken betreffende de Handelsnaamwet, zoals Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2007 (*Prg.* 2007/104) de voorzieningenrechter kort na inwerkingtreding van de regeling corrigeert. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overweegt het hof voorts dat verlot tot het leggen van bewijsbeslag kan worden verleend zonder dat de wederpartij wordt gehoord, indien – zoals in het berechte geval – er aantoonbaar gevaar voor vernietiging van bewijs bestaat.

Beslag op domeinnaam

Om nog even bij het IE-recht te blijven: een domeinnaam is naar het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2007 (*NJF* 2007/97, *JOR* 2007/78 m.nt. A.J. Verdaas, *IER* 2007/50 m.nt. Th.C.J.A. van Engelen) een vermogensrecht en derhalve vatbaar voor leveringsbeslag ex art. 734 Rv. Conservatoir verhaalsbeslag (art. 711 Rv) acht het hof in dit geval niet mogelijk. Zo'n beslag moet ertoe leiden dat de domeinnaam in beginsel in het openbaar verkocht zal worden zodat de beslaglegger zich uit de opbrengst kan volendoen. Het beroep van appellante op de

jegens eenieder te handhaven merken- en handelsrechtelijke bescherming van haar handels- en domeinnaam is volgens het hof niet verenigbaar met openbare verkoop en overdracht aan een derde van daarmee strijdige of verwarring schepende namen.

Vormerkung

In de *Beslagsyllabus* staat dat het niet raadzaam is om, indien een koopovereenkomst betreffende een registergoed in de openbare registers is ingeschreven op grond van art. 7:3 BW (Vormerkung), verlot te verlenen voor het leggen van conservatoir derdenbeslag onder de kopers op de koopsom. Dit zou de bedoeling van art. 7:3 lid 3 onder f BW frustreren, omdat het niet mogelijk is te bepalen dat het verlot niet geldt voor het gedeelte van de koopsom dat is bestemd voor de aflossing van de hypothecaire geldlening, terwijl kopers niet weten welk bedrag de verkoper, als beslagdebiteur, nog aan de hypotheekhouder verschuldigd is. Vzng. Rb. Haarlem 21 februari 2007 (*NJF* 2007/320, *JOR* 2007/216) oordeelt dat deze bezwaren kunnen worden ondervangen door het verlot onder specifieke voorwaarden te verlenen. Aldus geschiedt.

Hof Amsterdam 18 januari 2007 (*JBP* 2007/78 m.nt. J. Dammingh) oordeelt in een geval waarin een dergelijk derdenbeslag was gelegd, dat dit beslag geen doel heeft getroffen. De storting door koper van de koopsom onder de notaris heeft ook jegens de beslaglegger als bevrijdende betaling te gelden. Met de nootschrijver kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de 'voorwaardelijke vordering'-redenering van het hof.

Varia

Door een ex art. 17 Invorderingswet ingesteld verzet wordt de tenuitvoerlegging van een dwangbevel geschorst. Een dergelijk verzet staat blijkens Vzng. Rb. Groningen, 18 september 2007 (*NJF* 2007/486) echter niet aan conservatoir beslag door de Ontvanger in de weg, omdat dit slechts strekt tot bewaring van diens rechten jegens de belastingschuldige.

In Vzng. Rb. Alkmaar 20 september 2007 (*Executief* 11-2007) werd tevergeefs een verzoek gedaan een eerder afgegeef-

ven grosse van een beslagverlof uitvoerbaar op de minuut te verklaren. De deurwaarder kan namelijk reeds direct met de grosse van het beslagverlof beslag leggen. De richtlijn dat van een beslagverlof geen minuut meer wordt afgegeven is in 2007 in de *Beslagsyllabus* opgenomen.

Bewijs

Bewijslast(verdeling)

In een geschil tussen verzekerde en verzekeraar beriep de verzekeraar zich op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW ten verweere tegen de aanspraak van de verzekerde op uitkering onder de verzekeringspolis. Naar het oordeel van de Hoge Raad rust de bewijslast op de partij die zich op art. 6:248 BW beroept; de verzekeraar dus, omdat dit volgt uit de hoofdregel van art. 150 Rv (HR 12 januari 2007, NJ 2007/371, m.nt. M.M. Mendel).

De Rechtbank Assen oordeelt op 7 maart 2007 (NJF 2007/260) over de claim van de arbeidsongeschikte schilder tegen zijn werkgever, voor de schade die hij als gevolg van de 'schildersziekte' OPS lijdt. De rechtbank draagt de werknemer op te bewijzen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor zijn werkgever. De enkele blootstelling onder werktijd aan toxische stoffen doet de bewijslast ter zake van het tegendeel nog niet naar de werkgever verschuiven, aldus de rechtbank.

Sinds het Gynaecoloog-arrest (NJ 1994/368) rust in beroepsaansprakelijkheidszaken op de gedaagde beroepsbeoefenaar een verzwaarde stelplicht ten aanzien van zijn verweer; daartoe dient gedaagde aan eiser voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter onderbouwing van diens stellingen. Lukt gedaagde dat niet (voldoende), dan is het aan hem om te bewijzen dat hij geen fout heeft gemaakt. Opvallend is dat de Hoge Raad in het verslagjaar in twee medische aansprakelijkheidszaken (20 april 2007 RvdW 2007/423; VR 2007/133 m.nt. G.M. van Wassenaer) en 15 juni 2007 (NJ 2007/335; VR 2007/134) minder zware eisen stelt aan de manier waarop de gedaagde aan zijn verzwaarde stelplicht



voldoet, waardoor de eiser minder dan voorheen de helpende hand wordt geboden.

De omkeringsregel – inhoudende dat, bij schending van een norm die strekt tot voorkoming van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, het causaal verband tussen normschending en schade in beginsel gegeven is en de bewijslast ter zake van het ontbreken van causaal verband op gedaagde rust – was onderwerp van de volgende twee arresten van de Hoge Raad. Hoewel de Hoge Raad de laatste jaren terughoudend is met toepassing van de omkeringsregel, ziet hij toch aanleiding voor (mogelijke) toepassing in een zaak waarin een gynaecoloog wordt verweten te laat een keizersnede te hebben uitgevoerd en, door zuurstofgebrek tijdens de bevalling, een kind met hersenletsel is geboren (7 december 2007, NJ 2007/644, JBPr 2008/19 m.nt. C.J.M. Klaassen). In een zaak waarin een cliënt zijn advocaat aansprak met het verwijt onvoldoende geïnformeerd te zijn over de risico's van de executie van een niet onherroepelijk vonnis, oordeelt de Hoge Raad op 2 februari 2007 (NJ 2007/92 (Juresta)) dat de omkeringsregel niet van toepassing is op dit soort 'informed consent'-verwijten. De schade is immers niet ontstaan door de geschonden informatieplicht, maar door de executie.

Ten slotte geeft de Hoge Raad op 2 november 2007 (NJ 2007/587) een kort college bewijsrecht: het hof had de stellingen van gedaagde waarvan de bewijslast op hem rust, als bevrijdend verweer aangemerkt en dit verweer verworpen op de grond dat in hoger beroep geen specifiek bewijs van deze stelling was aangeboden. De Hoge Raad legt uit dat deze stelling geen bevrijdend verweer was, maar een feitelijke onderbouwing van gedaagdes betwisting van eisers vordering. Het bewijsaanbod ter zake van deze stelling betreft derhalve een aanbod tot het leveren van tegenbewijs, dat – naar vaste rechtspraak – niet gespecificeerd hoeft te worden.

Bewijsaanbod

Het is vaste rechtspraak dat een bewijsaanbod in hoger beroep meer specifiek moet zijn, zeker wanneer het bewijsaanbod ook al in eerste aanleg was gedaan en toen was gepasseerd. Zodoende dient men, wanneer in eerste aanleg al getuigen zijn gehoord over een bepaald bewijsthema en in hoger beroep nogmaals bewijs wordt aangeboden door het opnieuw horen van dezelfde getuigen, exact aan te geven op welke punten men met betrekking tot dit bewijsthema aanvullend bewijs wenst te leveren. Gebeurt dit niet, dan mag het hof dit bewijsaanbod negeren (HR 13 oktober 2006; JBPr

2007/7 m.nt. H.L.G. Wieten en HR 19 januari 2007, NJ 2007/575; JOR 2007/166 m. nt. R.P.J.L. Tjittes (Pontmeijer)). Een niet gespecificeerd bewijsaanbod van een in appèl gewijzigde stelling dat een stilzwijgende overeenkomst was aangegaan, terwijl het hof eerder al had geoordeeld dat van zo'n overeenkomst geen sprake was, mag eveneens gepasseerd worden. Zo'n bewijsaanbod is immers een 'gepasseerd station' en het hof mag dit – dus – negeren (HR 13 juli 2007, RvdW 2007/699).

Bewijsmiddelen

Een akte (authentiek of onderhands) levert tussen de partijen bij die akte dwingend bewijs op van de waarheid van de verklaringen van partijen in die akte, zo bepaalt art. 157 lid 2 Rv. Tegen dit dwingend bewijs staat tegenbewijs open dat door alle middelen mag worden geleverd. In zijn arrest van 16 maart 2007 (NJ 2008/219 m.nt. C.J.M. Klaassen; JBPr 2007/57 m.nt. M. Ahsmann) legt de Hoge Raad uit dat het geleverde tegenbewijs al geslaagd mag worden geacht als op grond daarvan het door de akte geleverde bewijs is ontzenuwd. Dit betekent dat niet nodig is dat het tegenbewijs de in de akte opgenomen partijverklaring volledig weerlegt. Anders gezegd: voldoende is dat door het tegenbewijs zo veel twijfel is gezaaid bij de rechter dat deze niet (meer) vermoedt dat de met de akte te bewijzen stellingen juist zijn.

Op video-opnamen, die detectives maakten van de werknemer die zich wegens rugklachten ziek had gemeld, was te zien dat de werknemer zich in zijn vrije tijd veel soepeler bewoog dan op zijn werk of bij de bedrijfsarts. De kantonrechter te Delft (6 december 2007, NJF 2008/32) acht deze opnamen toelaatbaar als bewijsmiddel en overweegt daartoe dat de video-opnamen zijn gemaakt terwijl de werknemer zich op de openbare weg bevond en daarbij geen sprake was van speciale technische hulpmiddelen in de zin van art. 441b Sr. Voor zover aan de leer van het onrechtmatig verkregen bewijs al enige betekenis zou toekomen in civiele zaken, speelt deze leer daarom niet in de onderhavige kwestie.

Getuigenbewijs

Wanneer meerdere eisers in één dagvaarding elk een eigen vordering instellen tegen een gedaagde, terwijl de eisers er ook voor hadden kunnen kiezen om elk een eigen dagvaarding tegen de gedaagde uit te brengen, is sprake van 'subjectieve cumulatie' van rechtsvorderingen. Wanneer één van de eisers een getuigenverklaring aflegt, dan is die eiser alleen partijgetuige in zijn eigen zaak en geldt alleen in zijn eigen zaak de beperkte bewijskracht van zijn verklaring op grond van art. 164 lid 2 Rv. Dit betekent dat de beperking van de bewijskracht van deze verklaring niet geldt in de zaak van de andere eiser; in die zaak heeft de getuigenverklaring normale bewijskracht in de zin van art. 152 Rv, aldus HR 4 mei 2007 (NJ 2007/274, JBPr 2007/74 m.nt. H.L.G. Wieten).

De Rechtbank Amsterdam benadrukt in haar beschikking van 24 mei 2007 (NJF 2007/353; JOR 2007/184) nog maar eens dat iedereen die op de juiste wijze daartoe is opgeroepen, verplicht is ter rechtzitting te verschijnen en aldaar dient te verklaren (art. 165 lid 1 Rv). Dit is niet anders voor getuigen die zich op een wettelijk verschoningsrecht beroepen. Ook zij moeten ter zitting verschijnen, al

was het alleen maar om zich op hun verschoningsrecht te beroepen.

Ten slotte: een belastingadviseur komt geen verschoningsrecht toe (vgl. NJ 1986/814-815). Dit wordt niet anders wanneer hij uit hoofde van zijn contractuele relatie met zijn cliënt tot geheimhouding is gehouden. Het Hof 's-Gravenhage (18 april 2007, NJF 2007/351) oordeelt dat een contractuele verplichting niet prevaleert boven het belang van waarheidsvinding.

Deskundigenbewijs

Het Haagse hof oordeelt op 6 februari 2007 (NJF 2007/153) dat een partij in zijn conclusie na deskundigenbericht best mag reageren op het rapport van de door de rechter benoemde deskundigen, door middel van een rapport van een door de partij zelf ingeschakelde deskundige. Ten onrechte had de rechtbank dit rapport niet toegelaten, wegens strijd met de goede procesorde. Zoals art. 200 Rv ook al bepaalt, staat het procespartijen steeds vrij eigen deskundigen in te schakelen.

De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest van 27 april 2007 (RvdW 2007/468) weer eens dat een rechter zelf mag beslissen



waarover hij een deskundigenbericht verlangt. Een rechter mag dus ook op basis van zijn voorlopig oordeel preciseren waarover hij door de deskundige wil worden voorgelicht. Deze bevoegdheid van de rechter ondergraaft niet de onafhankelijke positie van de deskundige in ons rechtsbestel. Zodoende mocht het hof eerst voorlopig oordelen over de waardingsgrondslag van bij een echtscheiding te verdelen aandelen en op basis van dit voorlopig oordeel – dat dus geen bindende eindbeslissing betrof – voorlichting wensen door een deskundige.

In een medische aansprakelijkheidszaak beoordeelt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (op 5 juli 2007, *RvdW* 2007/1071, zie ook L.M. Coenraad in *TCR* 2007, p. 122) de klacht van het IJslandse meisje Sara Lind Eggertsdóttir over schending van art. 6 EVRM door IJsland. Het Europese Hof oordeelt dat rechters de vrijheid hebben om deskundigen te raadplegen en dat die mogelijkheid om ambtshalve deskundigen te benoemen een toegestane uitzondering is op het beginsel van partijautonomie (in het Nederlands recht is deze bevoegdheid opgenomen in art. 194 Rv, zie ook het voorgaande arrest). Het Europese Hof kan zich dus in beginsel niet mengen in de beslissing van een nationale rechter om ambtshalve een deskundige te benoemen. Toch constateert het hof in deze zaak schending van art. 6 EVRM, vanwege het gebrek aan neutraliteit van de deskundigen die op verzoek van de IJslandse rechter over de medische aansprakelijkheidszaak van Sara hadden gerapporteerd. Er zijn namelijk zo weinig medisch deskundigen in IJsland dat enkele door de rechtbank benoemde deskundigen ook als arts werkten in het aangesproken ziekenhuis. Het Europese Hof heeft aan die beperkte beschikbaarheid van deskundigen in IJsland geen boodschap; een dergelijk gebrek aan neutraliteit van de deskundigen leidt eenvoudigweg tot *inequality of arms* en een gebrek aan objectieve onpartijdigheid van het gerecht. Om die reden neemt het Europese Hof op dit punt schending van art. 6 EVRM aan.

Voorlopig getuigenverhoor

Art. 186 Rv geeft belanghebbenden de

mogelijkheid om voorafgaand aan en tijdens een procedure een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken. In het verslagjaar zijn enkele afwijzende beschikkingen op dergelijke verzoeken gepubliceerd. Zo wijst het Hof 's-Hertogenbosch op 2 oktober 2006 (*NJF* 2007/154) het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor tijdens de reeds ahangige appèlprocedure af, nu daarmee slechts beoogd werd aan te tonen dat de getuigen, gehoord in een eerder voorlopig getuigenverhoor (voorafgaand aan de procedure in eerste aanleg), ongeloofwaardig zijn. Daartoe overweegt het hof dat niet valt te beoordelen of de appèlrechter acht zal slaan op dergelijke verklaringen, waarbij het hof bovendien betwijfelt of de geloofwaardigheid van een eerder gehoorde getuige wel een te bewijzen feit of omstandigheid betreft.

Het Hof 's-Gravenhage (15 maart 2007, *NJF* 2007/248) wijst het verzoek van een voor cocaïnesmokkel veroordeelde man tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor af. Deze man stelde immateriële schade te hebben geleden door de wijze waarop de Staat het strafrechtelijk onderzoek had uitgevoerd. Het hof oordeelt dat de man met zijn verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor misbruik van zijn bevoegdheid maakt, nu voorshands niet aannemelijk is dat de man enige schade heeft geleden ten gevolge van het optreden van de Staat. Met andere woorden: 'geen belang, geen actie' (art. 3:303 BW) geldt dus ook in het kader van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. Dezelfde regel leidde ook tot afwijzing van het verzoek van een stichting die gedupeerde aandeelhouders van KP-NQwest vertegenwoordigde. De stichting wilde munitie verzamelen tegen alle vennootschappen die de zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouders zouden hebben geschonden. Nu de stichting niet geconcretiseerd had welke specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden zou zijn, wordt het verzochte verhoor aangemerkt als een (in goed Nederlands) 'visexpeditie'. Om die reden bestaat naar het oordeel van de Rechtbank 's-Gravenhage (24 mei 2007, *NJF* 2007/318) onvoldoende belang bij het verzoek, met name ook omdat toewijzing van het verzoek zou leiden tot een



zeer zware belasting van getuigen, wederpartijen van de verzoekers, advocaten en de rechtbank.

Een soortgelijk verzoek van een andere groep gedupeerde beleggers was door de rechtbank en het hof afgewezen. De Hoge Raad laat dit in stand (16 november 2007, *RvdW* 2007/987). De afwijzing was gebaseerd op het oordeel dat de materiële rechtelijke positie van verzoeker dermate zwak was dat het verzoek niet aan de wettelijke vereisten voldeed en dus onvoldoende belang, in de zin van art. 3:303 BW, had bij het verzoek. Ten slotte de afwijzing door de kantonrechter Nijmegen (17 september 2007, *PrG* 2007/160) omdat de getuigen die de op staande voet ontslagen werknemer wenste te laten horen uit het oogpunt van bewijslevering niet nodig waren en bovendien onduidelijk was wat zij zouden kunnen verklaren.

Voorlopig deskundigenbericht

Een rechter is verplicht een voorlopig deskundigenbericht te bevelen als het verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en ook feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. Een rechter kan het verzoek alleen afwijzen bij strijd met de goede procesorde, misbruik of een overig zwaarwichtig bezwaar (*NJ* 2004/584). Een voorbeeld van misbruik van be-

voegdheid is te vinden in het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 24 augustus 2006 (*JBP* 2007/65 m.nt. Groot onder *JBP* 2007/67). In deze zaak stond een partij op benoeming van een deskundige, die echter vanwege zijn specifieke (en dus te beperkte) expertise niet in staat wordt geacht een oordeel te geven over de aan hem voor te leggen vragen; volgens het hof kan een neuroloog niet oordelen over iemands algehele gezondheidstoestand. Op deze manier wordt de regeling van het voorlopig deskundigenbericht voor een ander doel gebruikt dan waarvoor de regeling is verleend; in die situatie is sprake van misbruik van bevoegdheid en mag de rechter het verzoek om het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht afwijzen.

De Rechtbank Zutphen (8 november 2007, *NJF* 2007/555) wijst het verzoek om aanvulling van een reeds uitgebracht voorlopig deskundigenbericht af, omdat daarmee in feite om een nieuwe rapportage door een nieuwe deskundige werd gevraagd (kennelijk omdat de verzoeker het niet eens was met de uitkomst van het al uitgebrachte deskundigenbericht). De rechtbank oordeelt daarom dat dit verzoek in strijd met de wet is.

Wordt een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht toegewezen, dan staat tegen die beslissing in beginsel geen hoger beroep open (art. 204 lid 2 Rv). Het strikte appèlverbod voor toegewezen verzoeken om een voorlopig deskundigenbericht maakt dat tegen geen enkel 'toewijzend' onderdeel van de beschikking kan worden opgekomen, ook niet tegen bepaalde vragen die de rechter in die toewijzende beschikking aan de deskundige stelt. Het Hof Amsterdam oordeelt aldus op 24 augustus 2006 (*JBP* 2007/66 m.nt. Groot onder *JBP* 2007/67). Uit dit arrest blijkt ook dat op grond van deze systematiek wel appèl kan worden ingesteld tegen het afwijzende deel in de beschikking. Appèl tegen het feit dat de rechter bepaalde vragen aan de deskundige, als geformuleerd in het verzoekschrift, niet heeft overgenomen in de beschikking mag dus wel. Ten slotte overweegt het hof nog (ten overvloede: het was gelet op art. 204 lid 2 Rv immers geen appèlbaar onderdeel van de beschikking) dat het een rechter

vrij staat om in een medische aansprakelijkheidszaak de deskundige te vragen in hoeverre een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts in die omstandigheden mocht handelen zoals is gebeurd. Het bezwaar dat dit een juridisch onderdeel betreft, is daarom ongegrond.

Wanneer een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht wordt afgewezen, staat tegen die beschikking wel hoger beroep open (art. 358 lid 1 jo. 261 Rv). Het Hof Amsterdam (31 augustus 2006, *JBP* 2007/67 m.nt. E.F. Groot) oordeelt echter dat hoger beroep van de beschikking van de rechtbank, waarbij het verzoek om voortzetting van het voorlopige deskundigenbericht werd afgewezen, niet mogelijk is. Daartoe overweegt het hof dat het verzoek om voortzetting van het al lopende deskundigenonderzoek geen verzoek in de zin van art. 261 Rv is. Het verzoek om voortzetting betreft een meer 'informeel verzoek', waartoe art. 194 lid 5 Rv de mogelijkheid biedt om aan de deskundige een nadere toelichting op diens reeds uitgebrachte deskundigenbericht te vragen. Kort en goed: de beslissing van de rechtbank op een dergelijk 'informeel verzoek' betreft geen beschikking op een verzoek in de zin van art. 261 Rv, zodat de beslissing om die reden niet appèlbaar is (art. 358 lid 1 Rv).

De vraag of een rechter verplicht is partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunt kenbaar te maken over de vraag voor wiens rekening de kosten van een voorlopig deskundigenbericht moeten komen, werd voorgelegd aan het Hof Amsterdam (16 november 2006, *NJF* 2007/141). Het hof constateert dat art. 205 lid 2 Rv hier niets over zegt, maar dat het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) zo fundamenteel is, dat op grond van dit beginsel de rechter inderdaad verplicht is om partijen om hun standpunt te vragen.

Competentie

Sinds 1 juli 2006 fungeert het Hof Arnhem als nevenzittingsplaats van het Hof Amsterdam voor Utrechtse appèllen. Dat geeft nog wel eens problemen. In *NJF* 2007/312 (Hof Amsterdam 8 mei 2007) was aanvankelijk in het exploit opgeno-

men dat geïntimeerde werd gedagvaard 'ter terechtzitting van het Gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem', doch de woorden 'Amsterdam, nevenzittingsplaats' waren – kennelijk door de deurwaarder – doorgehaald, zodat er dus voor het verkeerde hof was gedagvaard. Nu de regels van relatieve bevoegdheid in hoger beroep van openbare orde zijn (vgl. *NJ* 1984/399) zou het Arnhemse hof zich ambtshalve onbevoegd dienen te verklaren en de zaak dienen te verwijzen naar het Gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem. Gelet op de omstandigheid dat de zaak wel was aangebracht op de rolzitting van het Amsterdamse hof (waar geïntimeerde zich overigens keurig had gesteld) wordt geoordeeld dat onbevoegdheidsverklaring door het Arnhemse hof en verwijzing achterwege kunnen blijven.

In *NJF* 2007/350 (19 juni 2007) vordert eiseres terugbetaling van een aantal facturen. Gedaagde heeft bij incidentele conclusie geconcludeerd tot onbevoegdheid van de rechtbank op grond van een arbitragebeding. Het Arnhemse hof moest oordelen over de vraag of het beroep op een arbitraal beding is verwerkt nu gedaagde eerst zelf een andere burgerlijke rechter had aangezocht aldaar een vordering had ingesteld waarvan partijen later waren overeengekomen om deze in de onderhavige procedure in reconventie in te stellen. Volgens het hof lijkt dit door praktische processuele beweegredenen in de voorfase van de procedure ingegeven en is het beroep van gedaagde in eerste aanleg op het arbitragebeding hierdoor niet verwerkt. Wel volgt het hof eiseres in eerste aanleg in haar stelling dat zij er op mocht vertrouwen dat de wederpartij ermee instemde hun geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen, zodat het beroep op het arbitraal beding toch geen succes had.

De in art. 105 Rv gegeven alternatieve (relatieve) bevoegdheid van de rechter van de woonplaats of de plaats van vestiging van de rechtspersoon komt blijkens HR 30 november 2007 (*NJ* 2008/81, *JOR* 2008/9 m.nt. R.G.J. de Haan) een ruime reikwijdte toe.

Op grond van rechtspraak van het HvJ EG is de rechter die op grond van een

Wanneer de rechter...
in beneden (ook maar) gekomen
om zelf te zeggen dat u me
moet verschaffen, omdat
de waarlijk verstek
moet laten gaan...



van de bevoegdheidsgronden van het EEG-Executieverdrag bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen, tevens bevoegd om voorlopige of bewaarde maatregelen te gelasten. Uit HvJ EG in NJ 1999/339 volgt dat dergelijke maatregelen ook kunnen strekken tot het bij wege van voorlopige voorziening in kort geding veroordelen van de debiteur tot betaling van een voorschot op hetgeen hij aan de crediteur verschuldigd is. In NJF 2007/72 ziet het Hof 's-Hertogenbosch (26 september 2006) geen aanleiding om ten aanzien van de EEX-verordening anders te oordelen.

Voor hen die in aanraking mochten komen met grensoverschrijdende geschillen (met name in IE-zaken) wordt verwezen naar HR 30 november 2007 (NJ 2008/77, IER 2008/12 m.nt. S. de Wit) en de daarin genoemde arresten van het HvJ EG.

Dagvaarding

Woonplaats gedaagde

Het exploit moet, op straffe van nietigheid, de woonplaats van de geëxploiteerde vermelden (art. 45 lid 2 sub d Rv). Bij de vaststelling van die woonplaats is de informatie van de Gemeentelijke Basisadministratie één van de medebepa-

lende feitelijke omstandigheden. Voor de beoordeling is de *ten tijde van de betekening* beschikbare informatie relevant, niet eventueel later ingeschreven informatie over de woonplaats op dat tijdstip (Hof Amsterdam 4 oktober 2007, NJF 2007/505).

Op de vereiste naam- en woonplaatsvermelding van de gedaagde biedt art. 61 Rv een uitzondering: de zogenoemde 'anonieme dagvaarding' die aan gebruikers (krakers) van bebouwd onroerend goed mag worden betekend. Deze uitzondering geldt volgens het Amsterdamse hof niet voor krakers van *onbebouwd* onroerend goed (8 maart 2007, NJF 2007/300).

Twee uitspraken over de gekozen woonplaats: Hof Arnhem (22 mei 2007, NJF 2007/338) gaat ervan uit dat ook op de voet van art. 63 Rv betekend kan worden aan het adres van de advocaat-gemachtigde in vorige instantie waar de geïntimeerde niet uitdrukkelijk woonplaats had gekozen. De Hoge Raad oordeelt (in een vergelijkbare zaak) anders, maar verleent wel verstek tegen de niet verschenen verweerster nadat de eisende partij op eigen initiatief (na het verstrijken van de cassatietermijn) alsnog was overgegaan tot betekening aan de procureur, waartoe de Hoge Raad eiser anders ex art. 121 lid 2 Rv gelegenheid zou hebben gegeven (HR 30 november 2007, NJ 2007/642). Beslissend was 'dat niet aannemelijk was dat het eerste exploit de geadresseerde niet had bereikt'.

In HR 13 juli 2007 (NJ 2007/409, JBPr 2008/4 m.nt. F. J. H. Hovens) komt de herstelkans van art. 122 Rv aan bod. Ook na een gewezen verstekarrest kan een nietigheidsgebrek in de woonplaatsaanduiding van de geïntimeerde in de appèldagvaarding als gedekt worden beschouwd als de geïntimeerde in verzet komt. Het enkele feit dat geïntimeerde vanaf het verstrijken van de appèltermijn meende van de procedure af te zijn, is een onvoldoende zwaarwegend belang voor nietigverklaring. Een vergelijkbaar gebrek in de woonplaatsaanduiding was aan de orde in de zaak die leidde tot Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2007 (JBPr 2007/84 m.nt. N. de Boer). Na afloop van de appèltermijn, maar vóór de eerstdienende dag, is een herstelex-

ploot in persoon betekend. Het hof oordeelt dat geïntimeerde door het gebrek niet onredelijk in zijn (proces)belangen is geschaad. De Boer werpt in haar noot de vraag op of deze deformalisering (mogelijkheid tot herstel van het betekeningstekort vóór de eerstdienende dag) ook nog wel de bedoeling is wanneer op een lange termijn is gedagvaard.

Herstel en herstelexploot

Een nietigheidsgebrek in de dagvaarding kan met een (geldig) herstelexploot worden hersteld. Dit herstelexploot moet dan niet het oorspronkelijke exploit 'intrekken', want dan valt er niets te herstellen (Hof Arnhem 13 februari 2007, JBPr 2007/50 m.nt. R. L. M. van Opstal).

Een herstelexploot kan ook het niet-aanbrengen van de dagvaarding op de aangezegde rechtsdag helen. Daarvoor is niet vereist dat dit niet-aanbrengen berustte op een verzuim (HR 21 december 2007, RvdW 2008/58).

Een herstelexploot hoeft niet met zo veel woorden te vermelden dat het om een herstelexploot gaat: van belang is dat geïntimeerde redelijkerwijs moet hebben begrepen dat het om een herstelexploot ging. Dat is het geval als de tweede dagvaarding identiek is aan de eerdere met uitzondering van de oproepingsdatum, aldus Hof Arnhem (12 juni 2007, NJF 2007/524).

Zelfs een herstelexploot dat op zijn beurt aan een nietigheidsgebrek lijdt, kan worden hersteld door middel van een exploit in de zin van art. 121 lid 2 (en art. 125 lid 4) Rv (HR 16 juni 2006, NJ 2007/462 m.nt. H. J. Snijders en HR 30 juni 2006, NJ 2007/501 m.nt. H. J. Snijders).

Het ontbreken van de mededeling ex art. 111 lid 2 sub j Rv leent zich in beginsel voor herstel op de voet van art. 121 lid 2 Rv indien niet aannemelijk is dat het exploit als gevolg van het gebrek de gedaagden niet heeft bereikt (zie HR 2 november 2007, NJ 2007/588 en – in een andere zaak – RvdW 2007/962).

Internationale betekening

Het niet-naleven van het taalvoorschrift

van art. 8 EG-Betekenningsverordening kan worden hersteld door onverwijld – binnen een maand – de vereiste vertaling te betekenen (HR 23 februari 2007, *RvdW* 2007/226, *JBP* 2007/45 m.nt. M. Freudenthal).

Betekening op de voet van art. 63 Rv moet bij toepasselijkheid van de EG-Betekenningsverordening binnen veertien dagen gevolgd worden door betekening ex art. 56 leden 2 en 3 Rv en de verordening (NJ 2003/113). Verschijning dekt niet-naleving van dit vereiste in Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007 (NJ 2007/657).

Substantiërings- en bewijsaandragplicht

Op het niet-naleven van de substantiërings- en bewijsaandragplicht staat geen wettelijke sanctie. Het is aan de rechter te beoordelen of hij het noodzakelijk acht eiser te bevelen de ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken, dan wel aan het niet-voldoen aan de substantiërings- en bewijsaandragplicht de consequenties te verbinden die hij noodzakelijk acht (Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, *NJF* 2008/147).

Varia

Het is (in beginsel) niet toegestaan om in één dagvaarding appèl in te stellen tegen twee vonnissen gewezen tussen verschillende partijen. Het Hof Leeuwarden (4 oktober 2006, *NJF* 2007/250) had te oordelen over een zaak waarin geen sprake was van een uitzondering op deze hoofdregel (vgl. *NJ* 2004/239). Volgt niet-ontvankelijkheid.

Executie

Misbruik van (proces)recht/ Executiegeschil

In *NJF* 2007/299 fluit het Hof Amsterdam (1 maart 2007) een voorzieningenrechter terug, die in een executiegeschil met betrekking tot een kantonnaal ontzuimingsvonnis misbruik van bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van dat ontzuimingsvonnis had aangenomen op grond van feiten en omstandigheden, die de kantonrechter reeds in zijn beoordeling had betrokken. Ook in een executiegeschil betreffende een in kracht van

In die heb ik twee identieke stukken, en de ene zegt dat ik nu moet komen en de ander zegt dat ik straks moet komen – en er staat nergens welke van de twee moet ik – en de beide bevelen dat ik ze zich verantwoordelijk voor een mogelijk vergoeding schieden ze zichzelf via Catharina Kuyf –



gewijsde gegaan arbitraal vonnis is geen plaats voor een hernieuwde beoordeling van het geschil (zie HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/177, *TvA* 2008/9).

Van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door een tweede herroepingsprocedure te voeren kan blijkens HR 29 juni 2007 (*NJ* 2007/353) pas sprake zijn als die vordering is gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan de inleider de onjuistheid kende of behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. A-G Huydecoper formuleert in zijn conclusie bij dit arrest sub 35 een aantal vuistregels aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wanneer het benutten van processuele middelen (zoals het instellen van rechtsvorderingen, het voeren van verweer of het aanwenden van rechtsmiddelen) als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Het innemen van juridische stellingen acht hij slechts dan ontoelaatbaar als die stellingen als volstrekt ondeugdelijk moeten worden beoordeeld (waarbij rekening is te houden met de bevoegdheid om te trachten de rechter van de onjuistheid van een 'gevestigde leer' te overtuigen).

In *NJ* 2007/152 (m.nt. P. Vlas) is aan het HvJ EG de prejudiciële vraag voorgelegd

of het EEX-Verdrag zich ertegen verzet dat een gerecht van een verdragsluitende staat een partij in een aldaar aanhangige procedure gelast om géén rechtsvordering in te stellen of voort te zetten bij een gerecht van een andere verdragsluitende staat. Het HvJ beantwoordt deze vraag in haar uit 27 april 2004 daterende arrest ontkennend. Dit arrest is nog gewezen onder de vigeur van het EEX-Verdrag, maar – met annotator Vlas – moet worden aangenomen dat ook onder de EEX-Vo de zogenoemde 'anti-suit injunction' met betrekking tot een procedure in een andere staat, waarvoor de EEX-Vo geldt, verleden tijd is. Of een dergelijk verbod nog kan worden uitvaardigd wanneer de verweerder geen woonplaats heeft in het betreffende Europese territoir, is niet aan de orde gekomen. Zo kan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem dus oordelen dat een Nederlandse partij tegen haar in Dubai gevestigde wederpartijen niet aldaar mag procederen (zie *Vzng*. Rb. Haarlem 21 december 2006, *NJF* 2007/219). Onder de gegeven omstandigheden levert dat procederen in Dubai volgens de voorzieningenrechter misbruik van procesrecht op, zodat de Nederlandse partij veroordeeld wordt om de procedure in Dubai in te trekken.

Slechts wanneer de executant van een rechterlijke uitspraak misbruik van zijn executiebevoegdheid maakt, kan een halt worden toegeroepen aan de (verde-



re) tenuitvoerlegging daarvan. Een zodanige uitzonderingssituatie deed zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter Leeuwarden voor in de zaak die leidde tot *NJF* 2007/457 (11 juli 2007). In die zaak maakte een curator het wel heel erg bont. Het te executeren vonnis was gewezen in een procedure tussen een op staande voet ontslagen werknemer en diens werkgever. Partijen hadden ter zitting een regeling getroffen, inhoudende dat de werkgever loon betaalde en de werknemer bedrijfskleding en gereedschap zou teruggeven. De werknemer, die al tweeënhalf jaar failliet was, weigerde teruggave, reden waarom de werkgever (die niet op de hoogte was van het faillissement) de loonbetaling opschortte. Vervolgens ging de curator over tot betekening en executie van het vonnis. De voorzieningenrechter oordeelt in het daarop volgende executiegeschil dat de curator misbruik van bevoegdheid maakt. Daartoe overweegt hij dat de curator de regeling van art. 25 lid 1 Fw heeft omzeild door de werknemer op eigen naam en met gefinancierde rechtshulp te laten procederen, terwijl dit de taak van de curator was. Dat de curator vervolgens met een beroep op art. 25 lid 2 Fw, dat bepaalt dat een veroordeling van de failliet zelf tegen de boedel geen rechtskracht heeft, weigert de bedrijfskleding terug te geven is volgens de voorzieningenrechter ‘de omgekeerde wereld’.

Onder verwijzing naar het in de vorige kroniek besproken arrest van de Hoge Raad van 22 december 2006 (*NJ* 2007/173 m.nt. A.I.M. van Mierlo) oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 26 juni 2007 (*JBPr* 2008/9 m.nt. M. den Besten) dat er sprake is van misbruik van executiebevoegdheid als een toegewezen vordering wordt geëxecuteerd terwijl deze al voor het toewijzen daarvan door verrekening blijkt te zijn voldaan.

De voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Hertogenbosch oordeelt in *NJF* 2007/422 (10 juli 2007) dat in verstekzaken de in het arrest Ritzen/Hoekstra (*NJ* 1984/145) ontwikkelde strikte maatstaf niet altijd onverkort kan worden gehandhaafd. Meer in het bijzonder kan grond voor nuancering bestaan als de niet-verschijning van gedaagde en het

niet gevoerd hebben van een mogelijk gegronde verweer niet, of niet ten volle, aan de veroordeelde kunnen worden toegerekend. Dit geldt eens te meer als de executant de veroordeelde, bewust of onbewust, heeft bewogen om niet te verschijnen. Het enkele feit dat een verstekvonnis is gewezen zonder dat de gedaagde een inhoudelijk verweer naar voren heeft gebracht, zodat de rechter slechts het standpunt van één partij kent, betekent nog niet dat in een executiegeschil alsnog een inhoudelijke toets kan plaatsvinden (zie *Vzng. Rb. 's-Gravenhage* 2 oktober 2007, *NJF* 2008/8).

Dwangsom/lijfsdwang

Een dwangsom kan pas worden verbeurd nadat de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld is betekend (art. 611a lid 3 Rv). Het betekenen aan een voormalig gemachtigde in een kantonzaak, is geen rechtsgeldige betekening op de voet van art. 63 Rv (zie *Vzng. Rb. Arnhem* 28 februari 2007, *NJF* 2007/242). In deze zaak ging de voorzieningenrechter er om die reden vanuit dat er dus ook geen dwangsommen waren verbeurd. In appèl (Hof Arnhem 13 november 2007, *NJF* 2008/146) wordt echter geoordeeld dat in een dergelijk geval ook de in art. 66 Rv neergelegde regel geldt. Nu de betreffende partij door het gebrek in de betekening niet was geschaad in haar mogelijkheden om tijdig aan het vonnis te voldoen, houdt het hof het er dan ook voor dat er wel dwangsommen waren verbeurd.

Een dwangsom moet een prikkel zijn om aan een veroordeling te voldoen. Als, zoals in Hof Amsterdam 26 april 2007 (*NJF* 2007/400, *JBPr* 2008/6 m.nt. M. Beekhoven van den Boezem), de veroordeelde ten gevolge van een psychische stoornis niet vatbaar is voor de druk die van een dwangsom uitgaat, heeft het opleggen daarvan geen zin. Mogelijk zou in een dergelijk geval het toepassen van lijfsdwang in zicht kunnen komen. In een vergelijkbare zaak in *JBPr* 2008/10 voelt het Hof Leeuwarden (10 oktober 2007) daar echter niets voor. Het hof schat de speciaal-preventieve werking van lijfsdwang in dat geval gering in, nu eventueel toekomstig normafwijkend gedrag van de betrokkene zal worden ingegeven door diens persoonlijkheids- en

verslavingsproblematiek, en dus niet zo zeer het resultaat zal zijn van een rationele afweging van voor- en nadelen van het plegen van een overtreding van de opgelegde verboden.

Bij het beantwoorden van de vraag of onverkorte executie van verbeurde dwangsommen misbruik van bevoegdheid oplevert past – gezien het bijzondere gewicht dat toekomt aan een met een dwangsom versterkt rechterlijk gebod – grote terughoudendheid (zie Hof Arnhem 25 september 2007, *NJF* 2008/36).

In het geval de appèlrechter een in eerste aanleg gegeven veroordeling waaraan een dwangsom is verbonden niet onverkort bekrachtigt, maar in de uitgesproken veroordeling een wijziging aanbrengt, is de appèlrechter gehouden de veroordeling uit de eerste aanleg te vernietigen en de gewijzigde veroordeling daarvoor in de plaats te stellen, zulks al dan niet met een nadere dwangsomveroordeling (zie HR 4 mei 2007, *NJ* 2007/271, *JBPr* 2007/63 m.nt. A.W. Jongbloed).

De rechter (veelal de kort gedingrechter) kan een ‘aanvullende’ uitspraak doen waarbij alsnog een dwangsom wordt verbonden aan een eerder gegeven veroordeling. Dit kan ook als eerder een gevraagde dwangsomveroordeling expliciet is afgewezen (zie Hof Amsterdam 10 april 2007, *NJF* 2007/311).

Exequatur

In het kort geding dat leidde tot *NJF* 2007/269 (*Vzng. Rb. Amsterdam* 3 mei 2007) was in Frankrijk van een Nederlands vonnis een exequatur verkregen. Van dat Nederlandse vonnis had de Franse partij appèl ingesteld en zij was in Frankrijk ook nog eens in beroep gekomen tegen de verloffverlening. Nu in het Franse appèl een verzoek om aanhouding was gedaan in afwachting van de uitspraak in het Nederlandse hoger beroep, oordeelt de voorzieningenrechter dat de Franse rechter ook over het onderhavige executiegeschil moet beslissen. De Nederlandse rechter komt daaraan eerst te pas wanneer een geschil rijst over een in Nederland ondernomen daad van executie, waarvan geen sprake was. In Hof Arnhem 14 november 2006

(*NJF* 2007/94, *JBPr* 2007/82 m.nt. H.F. van Rijswijk) deed zich een spiegelbeeldige situatie voor. In die zaak was in Nederland verlof tot tenuitvoerlegging van een Grieks verstekvonnis verleend. De Griek trachtte de executie daarvan in kort geding te voorkomen. Het hof oordeelt tot niet-ontvankelijkheid, omdat de Griek geen rechtsmiddel bij de rechtbank had ingesteld tegen de beschikking van de voorzieningenrechter waarbij verlof is verleend tot tenuitvoerlegging van het Griekse vonnis, terwijl dit ingevolge het bepaalde in art. 43 lid 5 EEX-Vo wel de aangewezen route was. In *NJF* 2008/108 (Vzng. Rb. Leeuwarden 12 december 2007) was deze route wel bewandeld, maar had de rechtbank negatief op het ingestelde beroep beslist. Daarvan werd vervolgens op de voet van art. 44 EEX-Vo cassatie ingesteld. Gezien de redactie van art. 47 lid 3 EEX-Vo en de systematiek van de verordening oordeelt de voorzieningenrechter dat aan dit cassatieberoep geen schorsende werking toekomt.

Exhibitieplicht

Als er sprake is van een zogenoemde 'fishing expedition', is er volgens de wetgever geen ruimte voor een geslaagd beroep op art. 843a Rv. Dat was ook het geval in *NJF* 2007/213 (Vzng. Rb. 's-Hertogenbosch 22 maart 2007), waarin een partij een inzagerecht claimde in een groot aantal mogelijke gegevens en bescheiden in verband met mogelijk frauduleus handelen met betrekking tot in rekening gebrachte bedragen. Bovendien was er een goed alternatief om die gegevens – indien dat nodig mocht blijken – op een later moment te verkrijgen, zodat ook het bepaalde in het vierde lid van art. 843a Rv aan toewijzing in de weg stond. In *JOR* 2007/108 (Rb. Amsterdam 24 januari 2007) wordt het horen van getuigen geen goed alternatief bevonden voor de afgifte van afschriften van – in het kader van een overname – opgestelde due diligence rapporten. In Rechtbank Utrecht 12 september 2007 (*NJF* 2007/544, *JOR* 2007/265 m.nt. P.J. van der Korst) wordt de exhibitieplicht geacht zich ook uit te strekken tot de bescheiden die zijn gebruikt bij de vervaardiging van due diligence rapporten alsmede tot de correspondentie die ten aanzien daarvan is gevoerd.

In Hof Arnhem 13 februari 2007 (*NJF* 2007/277, *JOR* 2007/136 m.nt. P.J. van der Korst) strandt een vordering van beleggers in Baan Company om inzage in niet-gepreciseerde notulen van gedurende een aantal jaren gehouden vergaderingen van de raden van commissarissen. Van der Korst meent in zijn noot dat het hof een te strenge voorwaarde stelt dat de eisers in dit incident de gevorderde stukken nauwkeurig hadden moeten preciseren, nu het hier ging om bescheiden waarvan de specificaties alleen de informatiebezittende partij bekend zijn. Volgens hem bieden de verdere voorwaarden van art. 843a Rv (zoals het vereiste van rechtmatig belang en het buiten toepassing blijven in geval van gewichtige redenen) voldoende waarborg tegen 'fishing expeditions'. Minder streng lijkt de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 5 december 2007 (*NJF* 2008/95) door een vordering toe te wijzen, die strekt tot verkrijging van afschriften van 'alle stukken' die betrekking hebben op een bepaalde verzekering. 'Alle bescheiden' met betrekking tot een verbreding van een watergang, vindt het Hof 's-Gravenhage in haar arrest van 22 november 2007 (*NJF* 2008/3) weer te ruim.

In *JBPr* 2007/12 (m.nt. J.G.A. Linssen onder *JBPr* 2007/6) oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch (4 april 2006) dat een stuk met schrijfproeven ten behoeve van een schriftonderzoek naar de letter genomen geen 'bescheid' is in de zin van art. 843a Rv, maar dat deze stukken – gezien de ratio van dit wetsartikel – toch onder de werking daarvan vallen.

Verwant aan art. 843a Rv is art. 22 Rv. De weigering van een partij om te voldoen aan een daarop gegrond rechterlijk bevel om bepaalde bescheiden te overleggen, leidt er in *NJF* 2008/55 (Rb. 's-Gravenhage 19 december 2007) toe dat van de juistheid van de stellingen van de wederpartij wordt uitgegaan en derhalve aan bewijslevering niet wordt toegekomen.

Gezag van gewijsde

In *NJF* 2007/330 (Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2007) doet gedaagde tevergeefs een beroep op het beginsel 'ne bis in idem'. Hierover merkt de rechtbank terecht op dat – in tegenstelling tot in het strafrecht – dit beginsel in het civiele recht niet geldt.

Aan een uitspraak in kort geding komt geen gezag van gewijsde toe (vgl. *NJ* 1995/213). Een vonnis in een kort geding bevat immers slechts voorlopige oordelen en beslissingen waaraan partijen in een later kort geding niet gebonden zijn. Dat wordt nog eens onderstreept in Vzng. Rb. 's-Gravenhage 20 juli 2007 (*NJF* 2007/410, *NJ* 2007/513). Het opnieuw en op dezelfde gronden in kort geding vorderen van een eerder in kort geding geweigerde voorziening kan wel misbruik van procesrecht opleveren (vgl. *NJ* 1994/508). Dat was het geval in *JBPr* 2007/77 (Hof Amsterdam 14 september 2006) nu bij de hier aan de orde zijnde herhaalde vordering (op een gedeeltelijk andere grondslag) geen nieuwe feiten en omstandigheden naar voren waren gebracht en bovendien in het eerste kort geding bewust de in het tweede kort geding aangevoerde grondslag was achtergehouden. Daarnaast kan een hernieuwde vordering in kort geding stranden op het in art. 3:303 BW verankerde adagium 'geen belang, geen actie'. In *NJF* 2007/454 (Vzng. Rb. Arnhem 4 juli 2007) heeft eiser in een eerder kort geding tevergeefs getracht te voorkomen dat zijn bij een executieverkoop verkochte huis zou worden overgedragen. In dit tweede kort geding deed hij een hernieuwde poging, maar kleepte hij de vordering anders in. De voorzieningenrechter prikt daar doorheen, maar laat door de keuze voor de woorden 'dan wel' in het midden of er nu sprake is van een gebrek aan belang, misbruik van procesrecht of misschien wel van beide.

Een slecht verzorgde reis naar Mekka leidt tot een uitspraak (Rb. Haarlem 27 juni 2007, *NJF* 2007/370) over het bereik van gezag van gewijsde van een vonnis in eerste aanleg in de vrijwaringszaak,

waarin de waarborg tot een lager bedrag was veroordeeld dan dat de gewaarborgde na hoger beroep in de hoofdzaak uiteindelijk moest voldoen. Naar analogie met vaste rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het ontbreken van gezag van gewijsde wanneer niet inhoudelijk is beslist op materiële geschilpunten, wordt geoordeeld dat het onherroepelijk veroordelende vrijwaringsvonnis niet in de weg staat aan het instellen van een vordering tegen de voormalige waarborg ter vergoeding van het meerdere, waartoe de gewaarborgde uiteindelijk in hoger beroep is veroordeeld.

Aan een reconventioneel eindvonnis waarvan niet was geappelleerd, wordt door het Hof Amsterdam (29 maart 2007, *JBPr* 2007/80 m.nt. H.W. Wiersma) gezag van gewijsde toegekend ten opzichte van een conventioneel eind-/deelvonnis dat eerder was gewezen en waarvan reeds voor het wijzen van het reconventionele eindvonnis was geappelleerd. Annotator Wiersma merkt hierbij op dat het hof iets te veel doet voorkomen alsof gezag van gewijsde, uiteraard na een beroep daarop, steeds het integrale vonnis betreft. Hij meent dat het arrest beter gemotiveerd zou zijn geweest wanneer daarin naar voren was gebracht welke rechtsbeslissingen in dat reconventionele eindvonnis gezag van gewijsde gekregen hadden.

Incidenten

In *JBPr* (afl. 1 en 3 van 2007) vond dit verslagjaar een interessante en met veel jurisprudentie doorspekte discussie plaats tussen Wiersma en Stein over het onderscheid tussen incidentele verweren enerzijds en processuele verweren (exceptief of principaal) anderzijds. Het belang van dit onderscheid schuilt in de mogelijkheid vóór de conclusie van antwoord incidenten op te werpen of verweren te voeren. Wordt dit niet als ‘incidenteel verweer’ gekwalificeerd door de rechter, dan kan het ingediende processtuk toch worden beschouwd als conclusie van antwoord en is de beurt van de gedaagde daarmee voorbij. Uit een viertal uitspraken, gepubliceerd in aflevering 1 van *JBPr*



2007, blijkt hoe verschillend rechters denken over de reikwijdte van het begrip ‘incident’ en over de mogelijkheden om voorafgaand aan een conclusie van antwoord een prealabel verweer bij wijze van incident op te werpen.

Ontslag en verval van instantie

De vraag of oud dan wel nieuw procesrecht van toepassing is, maakt veel uit voor de mogelijkheid om verval van instantie te vragen c.q. tegen te houden. Naar oud recht (art. 279 e.v. Rv) werd na 3 jaar ‘stilliggen’ op verzoek van elke partij direct verval van instantie uitgesproken. Onder huidig recht (art. 251 Rv) kan al na één jaar stilzitten verval van instantie worden gevraagd, maar kan de ‘stilzitter’ verval voorkomen door op de eerste roldatum voort te procederen (de wet kent nu dus een ‘terme de grâce’). Het arrest van de Hoge Raad van 2 november 2007 (*RvdW* 2007/943) leert dat, op basis van het overgangsrecht, het oude procesrecht van toepassing blijft op zaken die vóór 1 januari 2002 aanhangig zijn gemaakt *totdat* de instantie met een eindvonnis of eindarrest is afgelopen. Een instantie kan lang duren, wanneer na cassatie de procedure wordt ver-

wezen naar het hof en daarna opnieuw cassatie wordt ingesteld. Wanneer vóór 1 januari 2002 de ‘eerste’ cassatie was ingesteld, blijft oud procesrecht van toepassing, ook op de ‘tweede cassatieprocedure’ (waarin dus na drie jaar stilzitten verval van instantie kon worden gevraagd én verkregen).

Schorsing en hervatting

De vorige kroniek besteedde (onder verwijzing naar *NJ* 2006/72) aandacht aan het feit dat de rechter er goed aan doet elke aanzegging tot schorsing, bijvoorbeeld vanwege de dood van een partij, te toetsen aan de daartoe in art. 225 Rv genoemde vereisten en eerst daarna te oordelen of de procedure door die aanzegging daadwerkelijk is geschorst. De aanzegging mag bijvoorbeeld niet worden gedaan door iemand die niet de enige erfgenaam van de overleden partij is. De (rolrechter van de) Rechtbank Maastricht (23 augustus 2006, *JBPr* 2007/23 m.nt. K.Teuben) borduurt hierop voort. De rolrechter constateert dat het verzoek tot schorsing (wegens overlijden van een partij) niet aan alle eisen voldoet: niet blijkt wie precies dit verzoek indient. Het verzoek tot schorsing wordt afgewe-

zen en de procedure loopt dus gewoon door. De rolrechter geeft nog wel de voorzet dat een nieuw verzoek, dat wel aan alle vereisten voldoet, alsnog kan worden ingediend.

In een op grond van art. 225 lid 1 Rv geschorste procedure (bijvoorbeeld na de dood van een partij) kunnen de belanghebbenden die de procedure geschorst hadden, de procedure hervatten. Ook de wederpartij van de 'weggeval- len' partij kan actie ondernemen om de procedure te hervatten (art. 227 Rv). Zonder dit soort hervattingsinitiatieven leidt de geschorste procedure een slapend bestaan. De belanghebbenden van de 'weggeval- len' partij zijn in dat geval niet aan zet. Volgens annotator Venhuizen lijkt de Hoge Raad in zijn arrest van 22 september 2006 (*RvdW* 2006/882; *JBPr* 2007/5 m.nt. Venhuizen) dit laatste te zijn ver- geten. Nadat de eiser in een cassatiepro- cedure is overleden (na indiening van processtukken, maar voor de conclusie van de A-G) wordt de procedure ge- schorst. Nadien worden geen aanzeggin- gen tot voortzetting gedaan door (in casu) de erfgenamen of door de weder- partij. De wederpartij (Philips) heeft na twee jaar stilte de Hoge Raad per brief verzocht de zaak weer op de rol te plaat- sen, waarna bij akte verval van instantie (ex art. 251 Rv) is verzocht. De Hoge Raad constateert vervolgens dat de vordering

tot verval van instantie niet weersproken is, waarna vervallenverklaring van de in- stantie volgt. De Hoge Raad miskent hierbij dat, door het overlijden van de ei- ser en de daaropvolgende schorsing van de procedure, er niemand was die de vor- dering van Philips had kunnen weer- spreken. Annotator Venhuizen legt nog uit dat Philips in een exploit (of akte) tot hervatting de erfgenamen had moeten oproepen tot voortprocederen. Zou de procedure ook nadien twaalf maanden hebben stilgelegen, dan had Philips met recht verval van instantie kunnen vra- gen.

Voeging en tussenkomst

Voeging van procedures kan op grond van art. 222 Rv worden gevorderd wan- neer deze zaken voor dezelfde rechter en over hetzelfde onderwerp tegelijk aan- hangig zijn. 'Tegelijk aanhangig' wordt door het Amsterdamse hof (21 december 2006, *JBPr* 2007/68 m.nt. M.O.J. de Folter) uitgelegd als: ter rolle ingeschreven. De incidentele vordering tot voeging van een lopende procedure met een nog niet ter rolle ingeschreven zaak strandt om die reden.

Een derde kan zich scharen aan de zijde van één partij, ter ondersteuning van diens eis of verweer (voeging), of een ei- gen vordering tegen beide partijen in- stellen (tussenkomst) (art. 217 Rv). Nu

tussenkomst van een derde de procedure meestal meer zal compliceren dan voe- ging, worden bij tussenkomst hogere ei- sen aan het – door art. 217 Rv vereiste – belang van de derde gesteld (zie hiervoor ook *JBPr* 2007/4 onder Hoger beroep: va- ria, deel 2). In *NJ* 2003/313 is daartoe het criterium ontwikkeld dat sprake moet zijn van 'dreigende benadeling of verlies van een aan haar toekomend recht', voor het behoud waarvan tussenkomst in de (hoofd)procedure nodig is. De Recht- bank Rotterdam past dit criterium toe en wijst daarom de incidentele vorde- ring tot tussenkomst van Aegon af (18 juli 2007, *JBPr* 2007/89 m.nt. M.O.J. de Folter). Aegon was in vrijwaring gedag- vaard met het oog op de (Rotterdamse) hoofdzaak waarin zij wilde tussenko- men. Bovendien was zij door dezelfde ei- ser gedagvaard in een procedure bij een andere rechtbank (Leeuwarden). Toch ontbeert Aegon het voor tussenkomst vereiste belang, omdat Aegon zowel in de (Rotterdamse) vrijwaringsprocedure als in de andere (Leeuwardense) proce- dure verweer kan voeren. Annotator De Folter wijst er nog op dat Aegon beter haar positie van gedaagde in de (Rotter- damse) vrijwaringsprocedure had kun- nen benutten, nu zij zich op grond van art. 214 Rv eenvoudig mag voegen in de (Rotterdamse) hoofdzaak; het (afgewe- zen) incident tot tussenkomst had zij zich dus kunnen besparen.

