

kroniek burgerlijk proces recht 2006

*

deel II

In het vorige nummer

DEEL I

Algemene beginselen

Artikel 6 EVRM
Toegang tot de rechter
Hoor en wederhoor
Redelijke termijn

Arbitrage en bindend advies

Beslag

Derdenbeslag
Gevolgen beslag
Opheffing beslag

Bewijs

Bewijslast(verdeling)
Bewijsaanbod
Bewijsmiddelen
Getuigenbewijs
Deskundigenbewijs
Voorlopig getuigenverhoor
Voorlopig deskundigenbericht
Deskundigenbewijs in medische
kwesties

Competentie

Internationale rechtsmacht

Dagvaarding

Betekening
Gebreken en
herstel mogelijkheden

Executie

Executieschil
Dwangsom
Exequatur
Exhibitieplicht

In dit nummer

DEEL II

Faillissementsprocesrecht

Gezag van gewijsde

Huurprocesrecht

Incidenten

Zekerheidstelling
Vrijwaring
Ontslag en verval van instantie
Schorsing en hervatting
Voeging en tussenkomst

Kosten

Vast recht
Proceskosten
Misbruik van procesrecht

Onbevoegdheid (zie competentie)

Partijen

Hoedanigheid
Cessie ter incasso
Partijaanduiding
Varia

Pleidooi

Rechtsmiddelen

Hoger beroep
Appellabiliteit
Appeltermijn
Gebreken en herstel
Tussentijds appel
Grievens
Devolutieve werking hoger beroep

Varia

Cassatieberoep
Tussentijds cassatieberoep

Varia

Verzet

Herroeping

Rechtsmiddelen in

verzoekschriftprocedures

Schadestaatprocedure

Uitspraak

Bindende eindbeslissing

Varia

Verzoekschriftprocedure

Wijziging van eis

Wraking

Wetgeving

Literatuur

In dit nummer het tweede deel van het jaarlijkse overzicht van de jurisprudentie burgerlijk procesrecht; aan het eind van dit deel nieuwe wetgeving en literatuur.

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

Faillissements- procesrecht

Het bijzondere karakter van het faillissementsprocesrecht blijkt eens te meer uit HR 20 januari 2006, NJ 2006, 74. In deze Antillenzaak geeft de Hoge Raad met zoveel woorden ook een uitleg van art. 69 Fw. De Hoge Raad beslist dat art. 69 Fw schuldeisers de mogelijkheid geeft om op eenvoudige en snelle wijze invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel. Daarbij past niet dat de rechter-commissaris gehouden zou zijn om herhaalde rondes voor hoor en wederhoor te houden.

Over het getuigenverhoor ex art. 66 Fw geeft de Hoge Raad bij beschikkingen van 6 oktober 2006, RvdW 2006, 921 en 922 verduidelijking. Het verhoor zelf is geen gewoon getuigenverhoor en vindt daarom niet plaats bij openbare terechtzitting; derden hebben geen recht op aanwezigheid bij het verhoor. Wel kan een derde 'partij' zijn bij de beslissing tot getuigenverhoor. Beslissingen omtrent art. 66 Fw zijn appellabel. Het is verder niet verboden om het proces-verbaal van getuigenverhoor aan derden ter beschikking te stellen; het is aan de rechter-commissaris om hierover te beslissen.

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

Familie- procesrecht

(zie ook verzoekschriftprocedure)

Gezag van gewijsde

In HR 15 september 2006, RvdW 2006, 852, JBPr 2007, 3 m.nt. E. Gras heeft de Hoge Raad principieel beslist dat een bij de strafrechter ingestelde vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij gezag van gewijsde toekomt en dus in de weg staat aan een latere civielrechtelijke vordering, ook al heeft de benadeelde partij geen zelfstandig recht van cassatieberoep in de strafrechtelijke procedure. Bepalend is dat de strafrechter zonodig tot niet-ontvankelijkverklaring kan en moet komen indien hij niet verzekerd acht dat beide partijen in voldoende mate in de gelegenheid zijn geweest om naar voren te brengen hetgeen zij ter staving van de vordering, onderscheidenlijk tot verweer tegen de vordering kunnen aanvoeren en, voor zover nodig en mogelijk, daarvan bewijs te leveren. Dit is niet in strijd met art. 6 EVRM.

Rb. Haarlem 17 maart 2004, NJ 2006, 168 houdt het oordeel in dat een vonnis jegens een vof gewezen ook bindend is jegens de vennoten. Dit volgt uit de aansprakelijkheid van vennoten voor de schulden van de vof. Het cassatieberoep tegen deze appeluitspraak is verworpen onder toepassing van art. 81 RO bij HR 11 november 2005, LJN AU3718. Zie voorts de conclusie bij dit arrest voor een helder overzicht over het gezag van

gewijsde, onder verwijzing naar HR 13 december 2002, NJ 2004, 212 waar de processuele verhouding tussen vennoten en vof uitvoeriger aan de orde is gekomen.

Hoger beroep

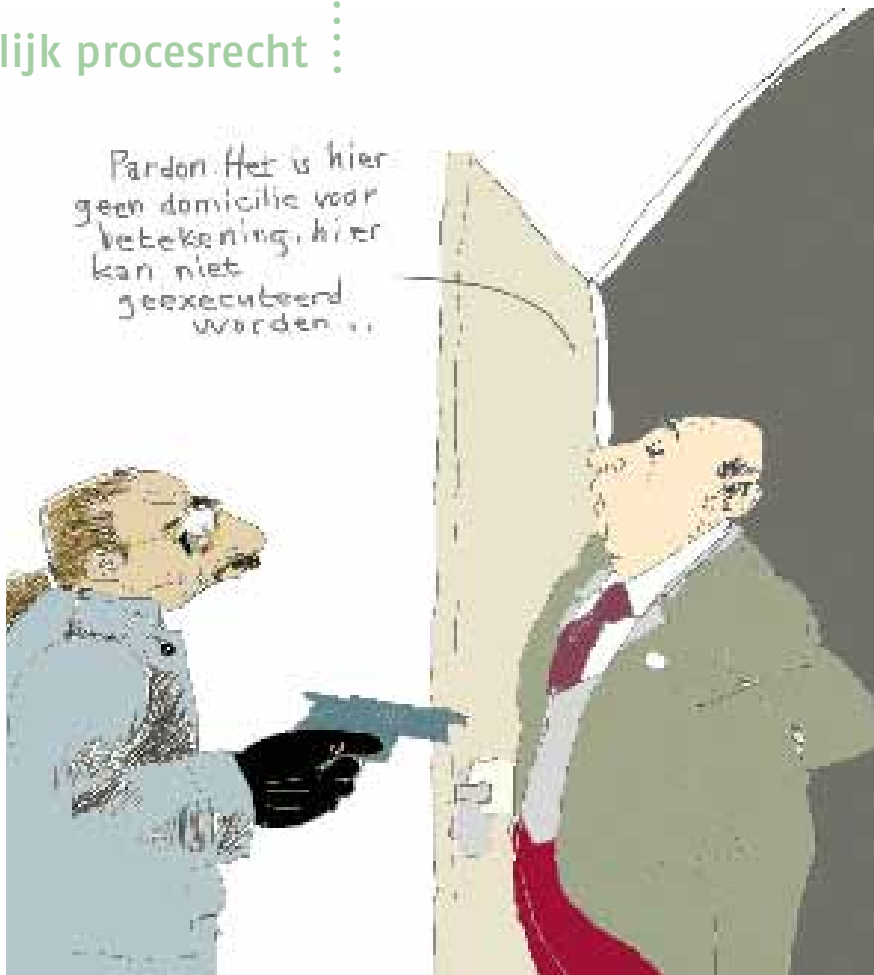
(zie rechtsmiddelen)

Huurprocesrecht

Incidenten

Zekerheidstelling

De zekerheidstelling voor de proceskosten (de cautio iudicatum solvi) van art. 224 Rv geldt slechts voor de buitenlandse eiser of interveniënt. De in verzet komende gedaagde valt hier niet onder, zodat een vordering tegen hem terecht wordt afgewezen door Rechtbank Den Bosch 30 november 2005, NJF 2006, 96. De wet geeft geen voorschriften voor de vorm van zekerheidstelling. Toch verdient het aanbeveling dat de rechter de zekerheid specificeert, om executiegeschillen te vermijden. Rechtbank Den Bosch 3 mei 2006, NJF 2006, 372 liet het aan de eiser om een voorstel te doen waarna gedaagde zijn visie op dat voorstel te kennen zou kunnen geven. Dit kan een zinvolle oplossing zijn om te bezwarende of te lichte vormen van zekerheid te vermijden. Een uitzondering op de cautio geldt ex art. 224 lid 2 sub b Rv indien eiser woonplaats heeft in (kort gezegd) het Koninkrijk of de EU: dan kan immers relatief eenvoudig geëxecuteerd worden. Als zodanige



woonplaats geldt uiteraard niet – zoals de Republiek Congo vergeefs betoogde – de ambassade in België (Rb. Rotterdam 10 mei 2006, *NJF* 2006, 447). Een ambassade is geen domicilie voor betekening (HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 887), daar kan dan ook niet geëxecuteerd worden.

Vrijwaring

Het verzoek tot oproeping in vrijwaring moet ex art. 210 lid 1 Rv geschieden vóór alle weren. Hieruit kan worden afgeleid dat dit verzoek niet alsnog in hoger beroep kan geschieden, aldus ook Hof Den Bosch 20 december 2005, *JBPr* 2006, 71. In zijn noot pleit De Folter ervoor uitzonderingen toe te laten. Een andere vraag is of in de vrijwaringszaak andere vorderingen zijn toegelaten louter dan vorderingen gericht op het afwentelen van de aansprakelijkheid op de waarborg. In een complexe procedure beantwoordt het Hof Amsterdam 18 augustus 2005, *NJF* 2006, 38, *JBPr* 2006, 64 m.nt. M.O.J. de Folter deze vraag bevestigend om redenen van doelmatigheid. Daar valt iets voor te zeggen, nu hetzelfde resultaat bereikt kan worden door afzonderlijke dagvaarding en vervolgens verzoeken van voeging. De wet

dient er niet toe om partijen nodeloos op kosten te jagen door omslachtige wegen te volgen. Nochtans lijkt terughoudendheid op zijn plaats, met name indien de rechten van de waarborg hierdoor in het gedrang zouden dreigen te komen (denk bijvoorbeeld aan de afwijkende relatieve bevoegdheid ex art. 216 Rv, of de wens een reconventionele vordering in te stellen).

Ontslag en verval van instantie

Na verwijzing van de kantonrechter naar de rechtbank ex art. 71 Rv dient er alsnog procureur te worden gesteld. Maar wat als eiser dit nalaat? Omdat onder nieuw recht geldt dat eiser door het enkele aanbrenge van de dagvaarding bij de kantonrechter al is verschenen, volgt daaruit dat hij dan ook reeds bij de rechtbank als verschenen wordt beschouwd. Art. 123 Rv (herstel van verzuim procureurstelling) is dan ook niet van toepassing, aldus Rechtbank Rotterdam 3 mei 2006, *NJF* 2006, 600. Zij wees conform de parlementaire geschiedenis de vordering tot ontslag van instantie (art. 123 lid 2 Rv) af.

Het verval van instantie geeft vier jaar na inwerkingtreding van de nieuwe

rechtsvordering nog steeds aanleiding tot vragen. In HR 13 oktober 2006, *NJ* 2006, 562, heeft de Hoge Raad principieel overwogen dat na cassatie en verwijzing het oud recht van toepassing blijft, nu de verwijzingsprocedure een voortzetting is van de eerdere appelinstantie. Het cassatieberoep leidt er slechts toe dat de zaak wordt ‘teruggedraaid’ tot net voor het wijzen van het (vernietigde) arrest van het eerdere hof. Deze regel was een halfjaar daarvoor reeds correct toegepast door het Hof Arnhem 28 maart 2006, *JBPr* 2006, 67 m.nt. S.M.A.M. Venhuizen (*NJF* 2006, 367).

Schorsing en hervatting

Schorsing bij overlijden van een procespartij geschiedt door betekening van een schorsingexploot waarin het overlijden wordt medegedeeld en ingeroepen. Maar wat als de requirant geen belanghebbende is bij de schorsing? De rechter kan dit veelal niet uit het exploit zelf opmaken. Uit HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 72 (Helmy/El Ela) m.nt. H.J. Snijders blijkt dat ingeval achteraf niet blijkt dat requirant een belanghebbende is (in casu, een erfgenaam), het exploit geacht wordt geen rechtsgevolg te hebben gehad. Hieruit volgt overigens dat de rechter voorzichtigheidshalve vaak beter eerst het standpunt van de wederpartij kan verifiëren alvorens de schorsing uit te spreken.

Voeging en tussenkomst

Art. 118 Rv maakt de zogenaamde gedwongen tussenkomst mogelijk: een derde wordt opgeroepen en wordt daarmee partij in het geding. Deze bepaling kan dienen om gevallen waar de exceptio plurium litis consortium (de ondeelbare rechtsverhouding) van toepassing zou zijn de ontbrekende partijen alsnog op te doen roepen. Daaruit volgt echter niet a contrario (zoals de Rb. Haarlem 19 juli 2006, *JBPr* 2006, 72 m.nt. M.O.J. de Folter ten onrechte aannam) dat de toepasselijkheid van deze bepaling tot zulke gevallen beperkt is. Zie verder de instructieve noot van De Folter.

Voor vrijwillige tussenkomst ex art. 217 Rv is nodig dat er een rechtens relevant belang aanwezig is. Hof Amsterdam 20 april 2006, *NJF* 2006, 390 achte vol-

doende het belang van de Nederlandse Staat om inbreuk op de volkenrechtelijke immuniteit van Chili te voorkomen.

Kosten

Het Hof Den Bosch 4 oktober 2005, *NJF* 2006, 90, *JBPr* 2006, 48 m.nt. A.W. Jongbloed heeft geoordeeld dat de deurwaarder het nasalaris niet mag invorderen op grond van de grosse van het vonnis. Hij dient daartoe een bevelschrift overeenkomstig art. 237 lid 4 Rv te verkrijgen. Weliswaar bestaat er dus mogelijk recht op betaling van nasalaris en kan daar om verzocht worden, maar de deurwaarder mag niet de indruk wekken dat hij krachtens het vonnis betaling kan eisen. De reactie in de deurwaarderspraktijk op deze uitspraak wordt door Jongbloed in zijn noot beschreven.

Vast recht

De Hoge Raad heeft na zijn eerdere rechtspraak (HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 227) herhaald uitgesproken dat bij het instellen van een rechtsmiddel het vast recht moet worden bepaald aan de hand van het gedeelte van de vordering die in de hogere instantie in geschil is (HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 367).

Een latere wijziging van het vast recht is niet langer geoorloofd indien partijen op het moment van heffing er van uit mochten gaan dat de griffier over alle benodigde gegevens voor een juiste berekening beschikte en daarmee erop mochten vertrouwen dat de heffing definitief was, aldus Hof Amsterdam 3 juli 2006, *NJF* 2006, 559 in navolging van HR 26 februari 1993, *NJ* 1994, 346.

Proceskosten

De IE-juristen onder ons zullen er mee bekend zijn dat bij gedingen betreffende inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht tegenwoordig een integrale proceskostenveroordeling kan worden gevorderd en toegewezen, gelet op de Handhavingsrichtlijn 2004/84. Dit geeft aanleiding tot veel onzekerheid en discussie: zie bijvoorbeeld Visser en Tsoutsanis, *NJB* 2006, nr. 34 en EK

2006-2007, 30 392, nr. C. Een voorbeeld is Rechtbank Almelo 1 juni 2006, *NJF* 2006, 626. In de volgende kroniek is het stof hopelijk grotendeels opgetrokken.

De bijzonder curator die voor het kind optreedt in de procedure met betrekking tot ontkenning van het vaderschap vervult een bijzondere rol, reden waarom hij niet zomaar vanwege zijn weerspreken van de stellingen van de beweerdelijk biologische vader in de proceskosten kan worden veroordeeld (HR 6 oktober 2006, *NJ* 2006, 656).

Misbruik van procesrecht

In HR 22 december 2006, *RvdW* 2007, 28 (Schmidt/Thunnissen) heeft de Hoge Raad, het andersluidende arrest van het hof cassierend, geoordeeld dat in een geval waar in een eerdere, in kracht van gewijsde gegane, uitspraak een veroordeling tot betaling inhield, doch vervolgens kwam vast te staan dat de betaling al vóór die uitspraak was verricht, de tenuitvoerlegging van die eerdere uitspraak misbruik van procesrecht inhield. Het gezag van gewijsde is dus betrekkelijk. Het rechtbankvonnis is overigens reeds besproken in de kroniek van 2004.

Onbevoegdheid

(zie competentie)

Partijen

Hoedanigheid

Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is dat een partij hangende het geding niet haar hoedanigheid kan wijzigen. In die lijn dient dan ook Hof Arnhem 5 september 2006, *NJF* 2006, 533 te worden geplaatst. De rechtbank had geoordeeld dat van de drie eisers, een vennootschap onder firma en haar twee vennoten, slechts één van de vennoten in de vordering jegens een wederpartij ontvankelijk was, omdat alleen met die vennoot en niet met de vennootschap onder firma zaken waren gedaan. Het hof vernietigde het vonnis, omdat die

vennoot zich in de inleidende dagvaarding slechts als vennoot en niet (ook) pro se had gepresenteerd. Ingewikkelder lag het in Hof Leeuwarden 20 september 2006, *NJF* 2006, 564. Aanvankelijk waren de ouders van minderjarige kinderen als hun wettelijke vertegenwoordigers in rechte betrokken, maar hangende de eerste aanleg werd duidelijk dat de kinderen jonger dan veertien jaar waren, zodat deze niet zelf uit onrechtmatige daad aansprakelijk konden worden gehouden en de eisers zich rechtstreeks (gezien artt. 6:164 en 169 BW) jegens de ouders dienden te richten. Die maakten er om pragmatische redenen – omdat zij anders opnieuw zouden worden gedagvaard – geen punt van dat zij niet q.q. maar pro se optraden, reden waarom het hof vond dat zij daar dan in appel ook geen punt van mochten maken.

Cessie ter incasso

Een partij kan aan een andere partij last geven om een aan de eerste partij toekomende vordering op eigen naam (dus op naam van de tweede partij) te innen, aan welke figuur vaak de minder juiste term ‘cessie ter incasso’ (het gaat immers niet om cessie) wordt verbonden. De Hoge Raad maakte in HR 15 december 2006, *RvdW* 2007, 10 duidelijk geen moeite te hebben met een eerst bij pleidooi in hoger beroep overgelegde verklaring c.q. akte ten aanzien van de cessie ter incasso en struikelde er ook niet over dat in die akte abusievelijk de term ‘volmacht’ werd gebruikt. Overigens kan deze figuur nog van pas komen bij de eiser aan wie geen vorderingsrecht blijkt toe te komen en die zich hangende de procedure alsnog wil legitimeren, uiteraard slechts wanneer ook degene aan wie het vorderingsrecht wel toekomt daarmee instemt c.q. bereid is een daarmee overeenstemmende last te geven. Op die wijze behoeft eiser ook niet zijn hoedanigheid te veranderen: hij was en blijft eiser voor zichzelf, maar heeft zich slechts alsnog gelegitimeerd voor een aanvankelijk niet aan hem toekomende vordering.

Partijaanduiding

Een kennelijke verschrijving in de naam van verweerster in cassatie (Rodamco

Winkels Nederland B.V. in plaats van Rodamco Nederland Winkels B.V.) levert geen grond op om verstek te weigeren, aldus HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 32, *JBPr* 2006, 6 m.nt. K. Teuben, rov. 2, temeer niet nu gelegenheid voor herstel was geboden en verweerster in cassatie nog steeds niet verscheen. Wat niet kan is bij een comparitie de aanduiding van de gedaagde partij rectificeren, als blijkt dat eiser een andere rechtspersoon – met een sterk gelijkende naam en op hetzelfde adres gevestigd – dan de gedaagde rechtspersoon op het oog had; die andere rechtspersoon is immers niet gedagvaard c.q. in rechte verschenen, aldus terecht Rechtbank Rotterdam 19 juli 2006, *NJF* 2006, 544. Diezelfde rechtbank oordeelde op 18 oktober 2006, *NJF* 2006, 585 dat een regionaal openbaar lichaam een publiekrechtelijke rechtspersoon noch een openbare maatschap is en dat geen uitzondering kan worden gemaakt op de (hoofd)regel dat slechts natuurlijke en rechtspersonen in rechte kunnen worden betrokken.

Varia

In het algemeen verzet de goede procesorde zich ertegen dat beroep in cassatie tegen in verschillende gedingen gewezen uitspraken wordt ingesteld bij een en hetzelfde exploit van dagvaarding, maar een uitzondering kan volgens bijvoorbeeld HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 239 worden aanvaard als het beroep zich richt tegen op dezelfde dag gewezen uitspraken, door dezelfde rechter en tussen dezelfde partijen gewezen in samenhangende gedingen. Tegen tien vonnissen tussen telkens verschillende eisers, maar wel dezelfde gedaagde, waarin geen voeging wegens verknochtheid is bevolen, kan evenwel geen beroep in cassatie met één dagvaarding worden ingesteld, aldus HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 162 m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2006, 34 m.nt. E.L. Schaafsma-Beversluis, rov. 3. Vergelijkbaar is Hof Den Bosch 10 januari 2006, *JBPr* 2006, 37 m.nt. H.W. Wiersma, waarin vergeefs geprobeerd werd met één exploit twee (niet gevoegde) zaken tussen verschillende partijen in appel aan de orde te stellen.

De ouder of voogd die ten behoeve van een minderjarige een eis instelt of een rechtsmiddel aanwendt, heeft op grond van art. 1:253k jo. 349 BW een machtiging van de kantonrechter nodig. Wordt die vergeten dan is er nog geen man overboord, omdat het verzuim kan worden hersteld, volgens HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 341, rov. 3.3.2, zelfs in appel als het in eerste aanleg tot een op zichzelf terechte niet-ontvankelijkverklaring heeft geleid. Zeurpieterig was Hof Amsterdam 15 december 2005, *NJF* 2006, 233, dat van een waterschap – alvorens eindarrest te wijzen – een procesbesluit wilde zien, hoewel de procesbevoegdheid van het waterschap niet ter discussie stond en de wederpartij ook helemaal niet om (overlegging van) zo'n besluit had gevraagd.

Pleidooi

De wrakingskamer van Rechtbank Haarlem 10 november 2006, *NJF* 2006, 598 kon het oordeel van de voorzieningenrechter om niet toe te staan dat gedaagden in kort geding – daarin niet bijgestaan door een advocaat – een pleitnota van 48 pagina's zouden voordragen goed billijken. Datzelfde geldt voor de weigering van het grote pakket

producties, dat gedaagden niet tevoren hadden toegezonden en eerst ter zitting wilden overleggen. Dat zij met een kort geding geen ervaring hadden, deed daar niet aan af.

Rechtsmiddelen

Hoger beroep

Appellabiliteit

Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is dat een proceskostenveroordeling reeds een voldoende belang in appel kan rechtvaardigen, ook al is het belang bij de oorspronkelijk gevraagde voorziening achterhaald. Ook naar het voorheen geldende Arubaanse recht (tegenwoordig ligt dat anders) was dat het geval. Onder omstandigheden kan de rechter echter oordelen dat een partij niettemin geen belang heeft bij hoger beroep en/of anderszins van dat rechtsmiddel misbruik maakt. Volgens HR 22 september 2006, *NJ* 2007, 188, rov. 3.2.2 is daarvan echter geen sprake als – zoals het Gemeenschappelijk Hof dacht te kunnen oordelen – (1) de behandeling in appel gecompliceerd zou zijn, (2) de betreffende procespartij die kostenver-

Pa had mijn studie toch al betaald? Moest ie dan ook nog een advocaat betalen? Ik zeg nog. Pa zeg ik...



oordeling best kan dragen en/of (3) het hof overbelast is. Not amused was echter Hof Amsterdam 18 augustus 2005, *JBPr* 2006, 65 m.nt. E. Gras, toen hem ter zitting bleek dat partijen de zaak hadden geregeld en alleen nog in gemeen overleg doorgingen voor een principiële uitspraak: vergeefs, want niet-ontvankelijkverklaring volgde. Vergelijk ook Rechtbank Utrecht 30 november 2005, *JBPr* 2006, 59 m.nt. H.W. Wiersma (schijngeschil).

Geen hoger beroep of cassatieberoep staat open als een partij in de uitspraak heeft berust, hetgeen zich gezien de strenge eisen die aan berusting worden gesteld hoogst zelden zal voordoen. In een boedelscheidingskwestie moest volgens HR 30 juni 2006, *NJ* 2006, 364 niettemin berusting worden aangenomen, omdat de vrouw niet alleen had voldaan aan de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling (dat zou niet genoeg zijn), maar ook zonder voorbehoud had ingestemd met een van de uitspraak afwijkende – door de man voorgestelde – regeling, met een kwijtingsclausule, en aan die regeling ook uitvoering had gegeven.

Een zogeheten rechtsmiddelenverbod kan onder meer worden doorbroken als over schending van een fundamenteel vormverzuim wordt geklaagd, inz. het beginsel van hoor en wederhoor, zie bijvoorbeeld HR 12 mei 2006, *NJ* 2007, 44 m.nt. J. Legemaate, waar dat tot succes leidde. Het rechtsmiddelenverbod van artikel 3:268 lid 3 BW (betreffende een door de voorzieningenrechter geacordeerde onderhandse hypothecaire executie) kan niet ten dele worden doorbroken, aldus Hof Den Bosch 8 februari 2006, *NJF* 2006, 380, voor zover over de proceskosten en de inschakeling van een deskundige wordt geklaagd.

Appeltermijn

Altijd opletten *wanneer* een vonnis is gewezen, zo blijkt uit Hof Amsterdam 21 juli 2005, *NJF* 2006, 64. Als de voorzieningenrechter ter zitting uitspraak doet en het vonnis pas later op schrift stelt, dan mag niet van de datum van de schriftelijke uitwerking worden uitgegaan. In casu bleek uit het uit-

treksel audiëntieblad dat inderdaad ter zitting uitspraak was gedaan. Aan de verkeerde – latere – datum op de schriftelijke uitwerking van het vonnis mocht appellant geen vertrouwen ontnemen, waarna in verband met de termijnoverschrijding niet-ontvankelijkverklaring volgde. Ook was sprake van termijnoverschrijding in Hof Den Haag 12 april 2006, *NJF* 2006, 294, waar appellant uiteraard vergeefs betoogde dat met de toezending op 12 november 2004 van een op 9 november 2004 uitgesproken kortgedingvonnis de appeltermijn pas op 12 november 2004 een aanvang nam.

Gebreken en herstel

Onnavolgbaar is HR 30 juni 2006, *RvdW* 2006, 673, *JBPr* 2006, 63 m.nt. A.W. Jongbloed, rov. 3.4.2-3.4.3, welke uitspraak zich als volgt laat samenvatten: appellant dagvaardt geïntimeerde tijdig, maar verzuimt de zaak op de rol in te schrijven. Tijdig wordt een hersteleploit uitgebracht, maar daarin staat de woonplaats van geïntimeerde – die niet verschijnt – niet vermeld, waarna geïntimeerde uiteindelijk tegen een derde datum wordt opgeroepen. Twee keer fout is uit, aldus het hof en de advocaat-generaal, maar de Hoge Raad denkt daar anders over, waarschijnlijk omdat hier *verschillende soorten* fouten zijn gemaakt, waarbij de eerste zich langs de weg van artikel 125 lid 4 Rv liet herstellen en de tweede langs de weg van artikel 121 lid 2 Rv.

... staat heel duidelijk geschreven: geen tweemaal aan den zelfden strek...



Tussentijds appel

Sinds (de wetswijziging van) 1 januari 2002 staat geen tussentijds appel tegen een tussenuitspraak meer open, tenzij de rechter dat uitdrukkelijk (eventueel desgevraagd: HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510) heeft bepaald. Onbegrijpelijk is Hof Leeuwarden 7 december 2005, *JBPr* 2006, 38 m.nt. H.W. Wiersma, dat vond dat een daartoe strekkende overweging van de rechter niet voldoende was, maar dat een dergelijk appelverlof alleen geldig is als het ook in het *dictum* staat. Terecht noemt annotator Wiersma deze uitspraak een mal jugé, waarbij de goed bedoelende appellant bovendien met een forse proceskostenveroordeling naar huis werd gestuurd. Uitspraken in incidenten zijn tussenuitspraken, aldus bijvoorbeeld HR 17 maart 2006, *RvdW* 2006, 289, *JBPr* 2006, 60 m.nt. H.W. Wiersma, rov. 3.2. Het ging daarbij om een vonnis waarin het beroep op rechterlijke onbevoegdheid wegens een arbitraal beding werd verworpen; dat partijen door deze uitsluiting gedwongen werden te procederen voor de gewone rechter die later mogelijk onbevoegd blijkt te zijn, vormt geen reden om een uitzondering op de strakke regel te maken. In gelijke zin: HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 432, *JBPr* 2006, 84 m.nt. J.G.A. Linssen, rov. 3.3, waarin de rechtbank de exceptie van internationale onbevoegdheid had verworpen. Het hof vond dat een uitzondering op het (tussentijds) appelverbod moest worden gemaakt 'op gronden van processuele doelmatigheid', de Hoge Raad vond dat dus niet. Hof Den Bosch 11 januari 2006, *NJF* 2006, 201 had dat beter begrepen, en oordeelde bovendien (terecht) dat de 'doorbraakjurisprudentie' – de jurisprudentie van de Hoge Raad op grond waarvan in bijzondere gevallen rechtsmiddelenverboden zoals bijvoorbeeld neergelegd in art. 7:685 lid 11 BW kunnen worden doorbroken – niet op art. 358 lid 4 Rv van toepassing is. Nog twee voorbeelden: Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba 11 april 2006, *NJF* 2006, 488 besliste in een Arubaanse zaak – waar een met de Nederlandse regeling vergelijkbare regeling bestaat – dat de afwijzing van een cautie-vordering (incidentele vordering tot zekerheidstelling voor proceskos-

ten) een tussenuitspraak en dus niet (tussentijds) appellabel is, en Hof Den Haag 8 maart 2006, *NJF* 2006, 235 oordeelde dat een beslissing waarbij in het kader van een omgangsregeling enkele proefcontacten worden toegestaan een niet-appellabele tussenbeschikking is. De benoeming van een deskundige op de voet van art. 7:304 BW is volgens HR 12 mei 2006, *NJ* 2006, 294, *JBPr* 2006, 83 m.nt. J.J. Dammingh, rov. 3.2 echter juist weer een eindbeschikking (en dus – meteen – appellabel), nu niet valt in te zien welke beslissingen na die benoeming in het kader van de procedure van art. 7:304 BW nog door de rechter zouden kunnen worden genomen.

Grievan

Als grieven worden aangemerkt alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak dient te worden vernietigd, waarbij de eis geldt dat zij behoorlijk in het geding naar voren gebracht moeten zijn en dat zij voor de rechter en de wederpartij – die moet weten waartegen zij zich heeft te verweren – voldoende kenbaar zijn. Een ‘veeggrief’ – waarin alleen wordt aangegeven dat appellant het geschil in volle omvang aan de appelrechter wil voorleggen – is volgens HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 120, rov. 4.3 echter onvoldoende om een niet uitdrukkelijk vermeld geschilpunt aan de orde te stellen. Ook een beroepschrift ex art. 67 Fw (tegen een beschikking van de rechter-commissaris) moet voldoende duidelijk maken op welke gronden appellant meent dat de bestreden beschikking onjuist is, aldus HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006, 538, rov. 3.2; daaraan doet niet af dat de appeltermijn van vijf dagen ultrakort is.

Devolutieve werking hoger beroep

De devolutieve werking van het hoger beroep brengt (onder meer) mee dat de appelrechter bij gegrondbevinding van het hoger beroep opnieuw heeft te beslissen over de in eerste aanleg berechte vordering, dus – ook zonder incidenteel appel – buiten behandeling gebleven of verworpen verweren alsnog of opnieuw moeten onderzoeken. Wederom gingen enkele appelrechters in de fout door buiten behandeling gebleven of ver-

worpen verweren over te slaan: HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 282 m.nt. M.M. Mendel, rov. 4.1, HR 20 januari 2006, *RvdW* 2006, 114, rov. 5.3, HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 120, rov. 5.2, HR 14 april 2006, *RvdW* 2006, 387, rov. 4.1.2, HR 15 september 2006, *RvdW* 2006, 863, rov. 3.3 en HR 29 september 2006, *NJ* 2006, 639 m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.6.1. Vaste jurisprudentie is dat de partij die twijfelt of haar verweer langs de band van de devolutieve werking van het appel in hoger beroep wel aan bod komt zekerheidshalve (voorwaardelijk) incidenteel beroep mag instellen. De verwerping van dat verweer – en daarmee van het incidentele beroep – mag haar dan ook niet op een kostenveroordeling komen te staan, maakte de Hoge Raad in HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 m.nt. M.R. Mok, rov. 8.1 duidelijk. Los van de devolutieve werking geldt in ons burgerlijk recht (anders dan in het strafrecht) ook het verbod van reformatio in peius, dat inhoudt dat een door een partij aangewend rechtsmiddel haar niet in een slechtere positie dan in de vorige instantie mag brengen, tenzij uiteraard ook de wederpartij een (incidenteel) rechtsmiddel aanwendt. HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 22, rov. 3.3 oordeelde dat dit beginsel was geschonden, omdat het hof naar aanleiding van het appel van de man de door hem verschuldigde (kinder)alimentatie op een hoger bedrag dan de rechtbank vaststelde, hoewel de vrouw geen incidenteel beroep had ingesteld.

Varia

Na een procureurswisseling en vervolgens een procureursonttrekking, gevolgd door een lange periode van inactiviteit, werd het hof op een gegeven moment te veel en bepaalde het dat de zaak nog één keer zou worden aangehouden voor arrest of pleidooi. Nadat geïntimeerde had gefourneerd, wees het hof arrest en verklaarde het appellant – die niet van grieven had gediend – niet-ontvankelijk. Fout, aldus HR 10 februari 2006, *NJ* 2006, 405 m.nt. G.R. Rutgers, rov. 5.2, want appellant had ten tijde van genoemde rolbeslissing gewoon een vrij uitstel van grieven. Gezien de ingrijpende gevolgen van die rolbeslissing werd deze aangemerkt als

arrest, dat door de Hoge Raad tezamen met het (eind)arrest houdende niet-ontvankelijkverklaring werd vernietigd.

Een onbekende en bijna vergeten bepaling is art. 335 lid 2 Rv, dat bepaalt dat de niet-verschenen gedaagde van een vonnis op tegenspraak (dus waarin andere gedaagden wel zijn verschenen en art. 140 lid 2 Rv geldt) slechts in beroep kan komen als hij tevoren – tegen zekerheidstelling door oorspronkelijk eiser/geïntimeerde – aan de tegen haar uitgesproken veroordeling voldoet, zelfs wanneer die veroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. HR 16 juni 2006, *RvdW* 2006, 610, rov. 3.3.2 en 3.3.3 vond de bepaling niet meer van deze tijd, en kon dat rechtvaardigen met een na 1 januari 2002 verzwakte ratio: tot die datum kon bij een herhaald niet-verschenen gedaagde worden uitgegaan van halsstarrigheid, na die datum is echter de herhaalde oproep van art. 79 Rv-oud vervallen. De Hoge Raad legt aan de geïntimeerde die ook nu nog voorafgaande voldoening tegen zekerheidstelling van appellant wenst een zodanig zware stelplecht op, dat de bepaling nog slechts een theoretisch voortbestaan zal kunnen leiden.

Cassatieberoep

Tussentijds cassatieberoep

Art. 3 van de Cassatieregeling van de Nederlandse Antillen en Aruba zet de poort naar de Hoge Raad in Nederland slechts open, als er een eindvonnis of eindbeschikking is gewezen, met andere woorden, als er in het Caribische niets meer in de zaak te beslissen valt. Dat was nog niet het geval in HR 24 maart 2006, *RvdW* 2006, 314, rov. 3, zodat niet-ontvankelijkverklaring van eisers tot cassatie volgde. Helemaal vreemd liep het in HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 367, rov. 3.2.2 en 3.3, waar appellant de appelrechter ervan had weten te overtuigen dat tussentijds beroep openstond om de beslissing van de rechtbank, dat een arbitrageclausule niet van toepassing was, aan te vechten. Het hof tuinde erin, maar oordeelde dat arbiters inderdaad niet bevoegd waren, van welke beslissing het zelfs tussentijds cassatieberoep openstelde. Appel-

lant kwam toen met het verhaal dat het hof niet naar hem had moeten luisteren en hem in zijn hoger beroep ambtshalve niet-ontvankelijk had moeten verklaren. De Hoge Raad vond terecht dat appellante bij deze klacht geen belang had. HR 15 december 2006, *RvdW* 2007, 6, rov. 3.3 maakt duidelijk dat goed moet worden gekeken waartegen klachten zich richten. Het bestreden arrest van het hof was in reconventie een eindarrest, maar in conventie een tussenarrest. De cassatieklachten betroffen evenwel uitsluitend de conventionele vordering, zodat eiser tot cassatie niet-ontvankelijk werd verklaard.

Varia

In HR 10 september 2004, *NJ* 2005, 51 heeft de Hoge Raad een forse uitgljider gemaakt, zoals annotator Vranken niet naliet in te peperen: abusievelijk werd het verweer dat een partij geen belang zou hebben bij haar (cassatie)beroep beschouwd als exceptief verweer, dat in beginsel slechts bij conclusie van antwoord in cassatie en niet pas bij de latere schriftelijke toelichting naar voren zou mogen worden gebracht. Dit werd echter schielijk hersteld in HR 6 januari 2006, *NJ* 2007, 35 m.nt. G.R. Rutgers, rov. 3.3 en 3.4 en HR 10 maart 2006, *NJ* 2006, 419 m.nt. P.A. Stein, rov. 4.2: het gaat hier om een principaal verweer, dat wel degelijk in een latere fase van het geding in cassatie naar voren mag worden gebracht.

Cassatieberoep kan niet worden ingesteld tegen een mede-appellante, evenmin als hoger beroep kan worden ingesteld tegen een medegedaagde. De cassatieadvocaat van eiser tot cassatie in HR 30 juni 2006, *RvdW* 2006, 676, rov. 3 wist dat kennelijk niet. Vanzelfsprekend is cassatieberoep tegen een partij die niet in hoger beroep partij was niet mogelijk, maar ook dat moest de Hoge Raad in HR 21 april 2006, *RvdW* 2006, 424, rov. 3.1 uitleggen.

Vaste jurisprudentie is dat een cassatiemiddel ook buiten de termijn mag worden aangevuld, als een proces-verbaal van de zitting van het hof niet binnen de termijn beschikbaar was en ter zake een voorbehoud is gemaakt. De aan-

vulling moet dan echter wel – zoals de Hoge Raad in HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 31, rov. 3.2 besliste – met bekende spoed (in beginsel binnen veertien dagen) plaatsvinden. Zodoende werd op het aanvullend verzoekschrift van 25 februari 2005 geen acht geslagen, toen bleek dat betrokkene al op 16 december 2004 over het proces-verbaal de beschikking had gekregen.

Verzet

De kantorechter Zaandam schoot opposant te hulp, die van een vonnis op tegenspraak abusievelijk verzet instelde, en verwees de zaak naar het hof. Hof Amsterdam 4 mei 2006, *NJF* 2006, 391 oordeelde daarop echter dat een dergelijke conversie niet berust op de wet en dat daarvoor evenmin grondslag kan worden gevonden in art. 6 EVRM. En het schijnt nog vaker te gebeuren ook, want ook in een eerdere uitspraak (Hof Amsterdam 12 mei 2005, *NJF* 2006, 1) oordeelde het hof dat de grondslag voor een dergelijke conversie niet in art. 73 Rv noch enige andere bepaling kan worden gevonden.

Rechtbank Arnhem 5 april 2006, *NJF* 2006, 299 zag wel grondslag voor verwijzing, toen bij haar verzet werd ingesteld van een vonnis van de voorzieningenrechter. Dat moest inderdaad vóór 1 januari 2002 op grond van art. 294 Rv-oud bij de rechtbank worden ingesteld, maar tegenwoordig op grond van art. 259 Rv bij de voorzieningenrechter zelf; verwijzing naar die voorzieningenrechter volgde.

Een prachtig feitencomplex over de vraag of de Volksrepubliek Bangladesh daden van bekendheid heeft gepleegd ten aanzien van een Nederlands verstekvonnis, waarmee de verzettermijn (eerder) een aanvang zou hebben genomen, vindt men in Rechtbank Den Bosch 30 november 2005, *NJF* 2006, 96. Veel berichten in kranten over het vonnis en uitspraken die Bengaalse bewindslieden daarover zouden hebben gedaan en interne correspondentie over het vonnis worden door de rechtbank terzijde geschoven, maar uiteindelijk kent zij wel betekenis toe aan een brief van de Nederlandse advocaat van Bang-

ladesh aan de Bengaalse ambassade te Den Haag. Deze brief wettigt volgens de rechtbank het vermoeden dat daar (noodzakelijkerwijs) een daad van bekendheid van Bangladesh aan vooraf is gegaan, hetgeen Bangladesh door middel van tegenbewijs mag (proberen te) ontcrachten. Géén daad van bekendheid is het doen van een betalingsvoorstel, aldus terecht Ktr. Amsterdam 16 juni 2006, *Prg.* 2006, 165.

Herroeping

Art. 186 van de Landinrichtingswet kent een rechtsmiddelenverbod, waarmee de wetgever heeft beoogd het mogelijk te maken dat een ruilverkaveling binnen een redelijke termijn wordt verwezenlijkt, hetgeen voor alle betrokkenen van belang is. HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 162 m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2006, 34 m.nt. E.L. Schaafsma-Berversluis, rov. 4.6 en 4.8 heeft beslist dat het aan deze bedoeling van de wetgever tekort zou doen als de rechtsmiddelenuitsluiting niet zou gelden voor het buitengewoon rechtsmiddel herroeping en dat ook toepasselijkheid van de 'doorbrekingsjurisprudentie' daartoe niet kan leiden. Het rechtsmiddelenverbod van art. 186 Landinrichtingswet is derhalve – op gronden van rechtszekerheid – absoluut.

Herroeping – het oude request-civiel – gaat in twee tranches: eerst wordt gekeken of er gronden zijn voor heropening van het geding (art. 387 Rv) en als de rechter vervolgens in het heropende geding tot een ander oordeel komt, dan doet hij opnieuw uitspraak met herroeping van het bestreden vonnis (art. 389 Rv). Hof Den Bosch 14 februari 2006, *NJF* 2006, 356 vond dat er in elk geval aanleiding was voor heropening van het geding, omdat één van partijen een veroordeling tot betaling van een factuur had gekregen, die vals bleek te zijn opgemaakt, terwijl bovendien omtrent herstelwerkzaamheden (en de betaling daarvan) van de aangekochte woning onjuiste mededelingen waren gedaan. Eveneens heropende Rechtbank Zwolle-Lelystad 8 maart 2006, *NJF* 2006, 448 het geding, toen haar bleek dat in een proces-verbaal van verhoor in de strafzaak de man had erkend zonder

toestemming en zonder medeweten van zijn voormalige partner een krediet op haar naam (met een vervalste handtekening) te hebben aangevraagd, tot terugbetaling waarvan zij inmiddels was veroordeeld.

Rechtsmiddelen in verzoekschriftprocedures

In HR 20 januari 2006, NJ 2006, 76, rov. 3 oordeelde de Hoge Raad dat er in een verzoekschriftprocedure in cassatie slechts plaats is voor een (cassatie)beroepschrift en een verweerschrift, tenzij in het verweerschrift een exceptie wordt opgeworpen of toestemming van de Hoge Raad voor nader schriftelijk debat is verkregen; nu het een noch het ander het geval was, werd de reactie op het verweerschrift terzijde gesteld. Verder corrigeerde de Hoge Raad (in rov. 4.5) het hof, dat zich had vergalopperd in de aard van de beschikking van de rechtbank; dat bleek een 'deelbeschikking' (deels eindbeschikking, deels tussenbeschikking) te zijn, waarbij de appellatant genoodzaakt is aanstonds hoger beroep van het eindbeschikkingsgedeelte in te stellen, om de bevoegdheid daartoe niet te verspeelen, en om doelmatigheidsredenen dan ook klachten tegen het interlocutoire gedeelte mag richten. Het hof had appellatant in zoverre ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard.

Schadestaatprocedure

Aan een beslissing tot verwijzing naar een schadestaatprocedure worden volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waaraan toe te voegen HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 681, rov. 3.5.1, geen strenge eisen gesteld: voldoende voor verwijzing is dat de eiser de mogelijkheid van schade aannemelijk maakt. Een verplichting om de zaak op dat

punt zelf nader te onderzoeken, heeft de rechter niet.

Uitspraak

Bindende eindbeslissing

In een procedure bij Hof Arnhem was in geschil of automaterialen aan Buitenhuis sr. of aan Buitenhuis jr. waren geleverd. In een tussenarrest hakte het hof de knoop door: aan Buitenhuis sr., maar daarna bleek bij getuigenverhoren dat het toch Buitenhuis jr. was. De Hoge Raad vond in HR 15 september 2006, RvdW 2006, 855, rov. 3.4 dat het hof terug mocht komen van zijn in beginsel bindende eindbeslissing in het tussenarrest, omdat het nieuwe gegeven het onaanvaardbaar maakte dat het hof aan die eindbeslissing zou zijn gebonden, aangezien het anders gedwongen zou worden tot het doen van een einduitspraak waarvan het wist dat deze ondeugdelijk was. Ktr. Haarlem 21 juni 2006, NJF 2006, 504 wilde niet terugkomen van een bindende eindbeslissing, juist omdat die beslissing was gebaseerd op een fout van de partij die bij het terugkomen op die beslissing belang had.

Varia

Ten aanzien van de motiveringsplicht steekt HR 10 maart 2006, NJ 2006, 191, rov. 4.5 de rechter de helpende hand toe: de rechter hoeft niet op alles in te gaan, zeker niet als een stelling terloops naar voren is gebracht.

Een kennelijke vergissing in de rechterlijke uitspraak kan langs de weg van art.

31 Rv worden verbeterd, maar daarmee vangt geen nieuwe (verzet-, appel- of cassatie)termijn aan, zo maakte de Hoge Raad nog eens duidelijk in HR 14 juli 2006, NJ 2006, 601, rov. 3.1. Ook besliste de Hoge Raad dat een door een meervoudige kamer gewezen vonnis niet door een enkelvoudige kamer kan worden verbeterd, maar dat eiser tot cassatie bij een klacht daaromtrent geen belang had, omdat de verbetering op en conform zijn verzoek is uitgesproken.

Verzoekschriftprocedure

Broex dient bij de rechtbank een verzoek ex art. 2:298 BW in tot ontslag van zijn medebestuurders Lips en Godefroy van een stichting, waarop Lips en Godefroy Broex diezelfde dag als bestuurder ontslaan. De rechtbank stuurt vervolgens Lips en Godefroy op het verzoek van Broex de laan uit, met benoeming van een derde als bestuurder van de stichting, welke beslissing door het hof wordt bevestigd. In cassatie wordt vervolgens de vraag aan de orde gesteld of Broex wel belanghebbende was, nu hij ten tijde van de behandeling van zijn verzoek al (zelf) geen bestuurder meer was. De Hoge Raad oordeelt in HR 10 november 2006, NJ 2007, 45 m.nt. J.M.M. Maeijer rov. 3.4.2 en 3.4.3 dat bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, een rol zal spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden

voorts in overweging nemende dat de verdediging bij het spreken van die woorden zonder te pauzeren veelbetekend opkeek...

