

Kroniek Burgerlijk procesrecht



kroniek
2010
deel I

INHOUD

deel I

Algemene beginselen: Hoor en wederhoor, Varia » Arbitrage: Vernietiging, Erkenning en tenuitvoerlegging » Beslag » Bevoegdheid: Arbitrage, Rechtsmacht » Bewijs: Stelplicht en bewijsaanbod, Bewijslast(verdeling), Bewijsmiddelen, Getuigenverhoor, Voorlopig getuigenverhoor, Deskundigenbericht, Voorlopig deskundigenbericht » Dagvaarding: Herstelexploten, Geheim adres » Executie: Executiegeschil, misbruik van (proces)recht, Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing, Dwangsom, Exequatur, Varia

Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2010 zijn geweest en van oudere uitspraken die niet in vorige kronieken zijn vermeld. Daarnaast is een overzicht opgenomen van relevante in 2010 in werking getreden wet- en andere regelgeving op BPR-gebied. In deze kroniek worden specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie buiten beschouwing gelaten.¹

Robert Hendrikse, Leonie Rammeloo,
Henriëtte Bast en Hans Vestjens
advocaten te Amsterdam²

Algemene beginselen

Hoor en wederhoor

Het in acht nemen van een in een procesreglement gestelde termijn voor de tijdige indiening van stukken staat er (natuurlijk) niet aan in de weg dat – op grond van bijzondere omstandigheden van het geval – toch geoordeeld wordt dat de stukken niet voldoende tijdig zijn overgelegd (zie HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 650, *JBP* 2011, 16 m.nt. K. Teuben, *RAR* 2011, 27, LJN: BO0197).

Varia

In haar vonnis van 14 juli 2010 overweegt de Rechtbank Rotterdam (*NJF* 2010, 446, LJN: BO0839) dat het belang van een eerlijke en behoorlijke contradictoire civiele procedure meebrengt dat advocaten zich in een procedure niet beperkt behoren te voelen in hetgeen zij ter behartiging van de belangen van hun cliënten mogen aanvoeren. Maar er zijn grenzen. Zo gaat een advocaat die tijdens pleidooi opmerkt dat het betreffende handelsgeschil hem doet denken aan de ‘misselijkmakende zaak van Dutroux’ de rechtbank duidelijk te ver en zij acht deze uitlating onrechtmatig.

Het voorschrift van art. 83 Rv dat conclusies en akten, wanneer zij niet mondeling

worden genomen, worden ondertekend door de partij of gemachtigde dan wel door de advocaat van wie zij afkomstig zijn, brengt mee dat de rechter geen acht kan slaan op niet-ondertekende conclusies of akten (zie HR 10 september 2010, *NJ* 2010, 485, LJN: BM5958).

Arbitrage

Vernietiging

Ingevolge art.1065 lid 1 sub c Rv is één van de gronden om tot vernietiging van een arbitraal vonnis te kunnen komen dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. In lid 4 van genoemd artikel is opgenomen dat deze grond niet tot vernietiging kan leiden indien de partij die deze aanvoert, heeft deelgenomen aan het geding zonder daarop een beroep te doen hoewel haar bekend was dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht hield (een vorm van rechtsverwerking). In HR 23 april 2010 (*RvdW* 2010, 560, *JBP* 2010, 46 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, LJN: BK8097) casseert hij een arrest van Gerechtshof Amsterdam dat ambtshalve, zonder dat een daarop gericht partijdebat heeft plaatsgevonden, had onderzocht of het geval van lid 4 zich voordeed (bekendheid en geen beroep op gedaan). Art. 24 Rv staat deze ambtshalve aanvulling van feiten niet toe. De Hoge Raad stelt verder vast dat als het verweer van art. 1065 lid 4 Rv wordt gevoerd, de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de situatie ex art. 1065 lid 4 Rv rust op de partij die vernietiging vordert. Deze partij zal dus moeten bewijzen hetzij (i) dat zij zich reeds in het arbitraal geding erop heeft beroepen dat de arbiters hun opdracht overschreden, hetzij (ii) dat zij daarmee

niet voldoende tijdig bekend was om dat te kunnen doen.

Met succes beriep een arts zich op de vernietiging van het arbitrale vonnis, gewezen door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg in de (ontslag)procedure tussen hem en het Slotervaart Ziekenhuis. De Rechtbank Utrecht (4 augustus 2010, LJN: BN3804) oordeelt dat het scheidsgerecht met de processuele rol die het heeft toegekend aan het rapport van een onderzoekscommissie de regels van goede procesorde en de fundamentele beginselen van het procesrecht (de *equality of arms*, oftewel het beginsel van gelijke behandeling, art. 6 EVRM, art. 1039 en art. 1065 lid 1 sub e Rv) heeft geschonden. Vier van de vijf leden van de onderzoekscommissie waren in loondienst van het Slotervaart Ziekenhuis en de drie arts-leden van de onderzoekscommissie waren betrokken bij de casus die de directe aanleiding vormde voor het ontslag. Ook had de arts het rapport pas een dag voor de mondelinge behandeling van het scheidsgerecht ontvangen – terwijl dit de enige gelegenheid was waarbij hij op het rapport kon reageren – zodat hem onvoldoende gelegenheid was geboden om een onderbouwde inhoudelijke reactie op het rapport te kunnen geven.

Dat een arbitraal vonnis ook partieel vernietigd kan worden, wordt bevestigd in Rechtbank Haarlem 13 januari 2010 (*NJF* 2010, 175, LJN: BL1528). In een geschil binnen een maatschap van radiologen bleef het oordeel van arbiters in stand over de ontbinding van de maatschap ten aanzien van een maat en de veroordeling van de resterende maten tot vergoeding van een schadebedrag aan deze maat. Het eveneens door de arbiters opgelegde ver-

¹ Verwijzing naar de *RvdW* is achterwege gebleven indien de betreffende uitspraak tevens in de *NJ* is gepubliceerd.

² Allen werkzaam bij Van Doorne NV. Leonie Rammeloo is tevens redactielid van dit blad.

bod aan deze maat om in het ziekenhuis werkzaam te zijn, wordt wel vernietigd, nu in het arbitraal vonnis geen steekhoudende verklaring kon worden gevonden voor de toewijzing van dit deel van de vordering. De rechtbank overweegt dat het vanuit proceseconomisch oogpunt onwenselijk is dat het arbitraal vonnis wordt vernietigd op onderdelen waarvoor geen vernietigingsgronden bestaan en dat partiële vernietiging in deze kwestie mogelijk is omdat het arbitraal vonnis verschillende beslissingen bevat die niet onverbreekelijk met elkaar samenhangen.

Erkenning en tenuitvoerlegging

Tegen een verlening of weigering van verlot tot een tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis staat hoger beroep open (artt. 1075 Rv jo. 989 Rv), terwijl dat niet openstaat tegen een *verlening* van verlot tot tenuitvoerlegging van een Nederlands arbitraal vonnis (art. 1062 lid 4 Rv). Art. III van het Verdrag van New York 1958 bepaalt dat erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen aan dezelfde voorwaarden moeten worden onderworpen die gelden voor de erkenning en tenuitvoerlegging van binnenlandse arbitrale vonnissen. De HR acht genoemd verschil in aanbod van rechtsmiddelen in strijd met het in dat verdrag neergelegde discriminatieverbod en oordeelt dat geen cassatieberoep mogelijk is tegen het door het hof verleende verlot tot erkenning en tenuitvoerlegging van een Russisch arbitraal vonnis (zie HR 25 juni 2010, *RvdW* 2010, 804, *JBPr* 2010, 55 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, LJN: BM1679).

Beslag

In HR 15 oktober 2010 (*NJ* 2010, 588, *JBPr* 2011, 5 m.nt. L.P. Broekveldt, LJN: BN6127) had een crediteur ten laste van zijn debiteur conservatoir beslag gelegd op diens aandelen in een bv. De beslaglegger stelde vervolgens tijdig een eis in de hoofdzaak in, maar liet na om binnen acht dagen na het uitbrengen van de dagvaarding op de voet van art. 715 lid 2 Rv een afschrift daarvan te betekenen aan de vennootschap. De HR oordeelt dat dit

verzuim niet leidt tot nietigheid van het gelegde beslag.

In de zaak die leidde tot HR 3 september 2010 (*RvdW* 2010, 974, *JBPr* 2011, 2 m.nt. M.R. van Zanten, LJN: BM6082) had A ten laste van B conservatoir derdenbeslag gelegd onder C. De termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak was door de voorzieningenrechter in het beslagverlot bepaald op veertien dagen. Binnen die termijn stelde A de eis in de hoofdzaak in door het uitbrengen van een dagvaarding in een bodemprocedure. B vorderde vervolgens in kort geding opheffing van het conservatoir beslag, waarop A in reconventie, ingesteld na het verstrijken van voornoemde termijn van twee weken, wederom betaling van B vorderde van het bedrag waarvoor het beslag was gelegd. De president in kort geding wijst de conventionele vordering tot opheffing van het beslag af en wijst de vordering in reconventie toe. Ruim anderhalf jaar later wijst de rechtbank in de bodemprocedure de eis van A toe. Vervolgens ontstaat een geschil tussen C en de pandhouder van B omtrent de vraag wanneer het beslag van A executoriaal is geworden. De pandhouder stelt dat het conservatoire derdenbeslag niet executoriaal is geworden door het kortgedingvonnis omdat de reconventionele vordering niet binnen de in het beslagverlot bepaalde termijn was ingesteld. Het conservatoir beslag zou volgens de pandhouder eerst executo-



riaal zijn geworden na toewijzing van A's vordering in de bodemprocedure. De HR oordeelt anders: met het verkrijgen van de executoriale titel in de kortgedingprocedure is het conservatoire beslag overgegaan in een executoriaal derdenbeslag. Daaraan doet niet af dat de (reconventionele) vordering in kort geding is ingesteld buiten de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn van veertien dagen, in geval vaststaat dat de beslaglegger binnen die termijn de vordering in de bodemprocedure had ingesteld en het bij de (reconventionele) vordering in kort geding ging om dezelfde vordering als die welke de beslaglegger in de bodemprocedure ahangig had gemaakt.

Ingevolge art. 475e Rv geldt in beginsel geen beslagvrije voet voor vorderingen van een schuldenaar die woont of vast verblijft buiten Nederland. Volgens het Amsterdamse hof is deze bepaling niet in strijd met het gemeenschapsrecht (16 februari 2010, *NJF* 2010, 214, LJN: BM3872).

Mag een crediteur, die in eerste instantie 'nul op zijn beslagrekest' heeft gekregen, een nieuw, nader gemotiveerd en van nadere producties voorzien verzoekschrift indienen voor het verkrijgen van verlot voor het leggen van conservatoir beslag op dezelfde goederen, of dient een dergelijk verzoek als 'verkappt appel' niet-ontvankelijk te worden verklaard? Naar

het oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg (15 oktober 2010, NJF 2010, 496, JBPr 2010, 51, JOR 2011, 97, LJN: BO3008) bestaat er geen principieel bezwaar tegen indiening van een hernieuwd verzoek, ook niet indien er geen sprake is van nova. De crediteur moet er in dat geval wel rekening mee houden dat de voorzieningenrechter terughoudend reageert en aanleiding zal kunnen zien om de beslagdebiteur (opnieuw) te horen. Mocht de crediteur evenwel hoger beroep hebben ingesteld tegen de afwijzende beschikking op het eerste rekest en het hof voorlopig verlot hebben verleend, dan heeft de crediteur geen rechtens te respecteren belang meer bij zijn tweede verzoek en wordt het verzoek op die grond afgewezen.

Een heikel punt blijft het leggen van een derdenbeslag onder de koper van een registergoed na inschrijving van die koop in de openbare registers (art. 7:3 BW, de zgn. *Vormerkung*). In de zaak die leidde tot HR 8 oktober 2010 (RvdW 2010, 1166, JBPr 2010, 58 m.nt. A. Steneker, JOR 2010, 333 m.nt. S.E. Bartels, LJN: BN1252) oordeelde het hof dat een dergelijk beslag ontoelaatbaar is aangezien daardoor de beoogde bescherming van de koper van zijn recht op levering wordt gefrustreerd. Als gevolg van het beslag kan de koper de koopprijs immers niet langer aan de notaris betalen, in reactie waarop laatstgenoemde zal weigeren de transportakte te passeren. De HR casseert: art. 7:3 BW bevat een limitatieve opsomming van feiten die niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen en een derdenbeslag onder de koper staat daar niet bij. Een dergelijk beslag treft dus doel, hoezeer ook in een dergelijk beslag een hindernis gelegen kan zijn voor de effectuering van het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst. In de nadien verschenen aangepaste versie van de *Beslagsyllabus* (versie februari 2011) wordt melding van dit arrest gemaakt, maar men handhaaft desondanks het advies uit eerdere versies om het verlot voor een dergelijk beslag te weigeren.

Bevoegdheid

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg verklaart zich op 18 februari 2010 bevoegd om van een vordering tot teruggave van een bankgarantie kennis te nemen, in afwijking van de jurisdictieclausule in de garantie. De voorzieningenrechter past de aanwijzing in art. 705 Rv van de 'verlofrecchter' als 'opheffingsrechter' analoog toe voor de vordering tot teruggave van de bankgarantie die ter opheffing van het beslag was gesteld (NJF 2010, 495, SES 2010, 113, LJN: BO0944). De voorzieningenrechter oordeelt dat de opheffingsgronden voor beslag van art. 705 Rv ook maatgevend zijn voor de beoordeling van de vordering tot teruggave van de bankgarantie.

Arbitrage

In de zaak-Maas/Petermann had expediteur Maas zijn Duitse opdrachtgeefster Petermann in 1990 in Fenex-arbitrage betrokken. Na een arbitraal bevoegdheidsincident, een toewijzend arbitraal vonnis en nog twee civiele procedures tot aan de HR (NJ 2001, 200, LJN: AA9767 (vernietiging arbitraal vonnis) en NJ

2005, 403 (kort geding tot het stellen van zekerheid)) staan partijen (DSV als rechtsopvolgster van Maas) thans voor het Gerechtshof 's-Gravenhage (23 februari 2010, NJ 2010, 380, SES 2011, 8, LJN: BL6399). Het Fenex arbitrale vonnis bleek in Duitsland voor erkenning en tenuitvoerlegging niet vatbaar; de verwijzing op het briefpapier naar Fenex-voorwaarden voldoet niet aan het vereiste van art. II Verdrag van New York. In deze Nederlandse procedure probeert DSV toch een titel te krijgen voor het in arbitrage toegewezen bedrag. Het hof bekrachtigt het onbevoegdheidsoordeel van de Rechtbank Rotterdam op grond van art. 1022 Rv. Ten overvloede overweegt het hof dat de problemen die DSV bij de tenuitvoerlegging in Duitsland ondervindt, voor eigen rekening komen en dienen te blijven, nu zij zelf Petermann, tegen alle bezwaren in, aan het arbitrale beding heeft gehouden.

Een andere aardige arbitragezaak is van 3 maart 2010 (Prg 2010, 89, LJN: BL6279) waarin de Rechtbank Utrecht oordeelt dat de bepaling 'in alle geschillen beslist het Congres' in het Algemeen Reglement van de Koninklijke Nederlandsche

Je weet het, *feutmans*.
in alle geschillen beslist het
Praesidium.



Wielren Unie (KNWU) te ruim is geformuleerd om een professionele baanwielrenner in een schadevordering tegen de KNWU de gang naar de civiele rechter te ontzeggen.

In een contractueel geschil voor de Rechtbank Rotterdam tussen twee bv's kwamen algemene voorwaarden aan de orde waarin voor niet-betalingsgeschillen exclusief arbitrage was overeengekomen. De eiser had haar vordering tot betaling van facturen bij de rechter ingesteld en beriep zich vervolgens met betrekking tot de reconventionele vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie op de onbevoegdheid van de rechtbank. De Rechtbank Rotterdam acht dit beroep op gedeeltelijke onbevoegdheid in haar vonnis van 22 september 2010 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en verklaart zich – ook in reconventie – bevoegd (NJF 2010, 508, LJN: BO1691).

De Rechtbank Arnhem oordeelt op 14 april 2010 (NJF 2010, 209, LJN: BM1301) dat een arbitrageclausule zonder mogelijkheid van hoger beroep in algemene voorwaarden in een consumentenovereenkomst een onredelijk beding vormt en dus niet leidt tot de onbevoegdheid van de rechtbank.

Rechtsmacht

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft op 25 februari 2010 (NJ 2010, 521 m.nt. M.V. Polak, LJN: BK0529) prejudiciële vragen beantwoord over de vraag of, in het kader van art. 5 EEX-Verordening, bepaalde overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken gekwalificeerd moeten worden als 'koop' of 'dienst' en hoe bij verzendingskoop de plaats van uitvoering moet worden vastgesteld. Ten aanzien van de eerste vraag: een overeenkomst tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken moet volgens het HvJ EU worden gekwalificeerd als koop, ook indien de koper bepaalde eisen – met name inzake de gewaarborgde productiekwaliteit – heeft gesteld met betrekking tot de verkrijging, de verwerking

en de levering van deze goederen. Het antwoord op de tweede vraag luidt dat de plaats van de materiële overdracht aan de koper als plaats van uitvoering moet worden aangemerkt.

Op 11 maart 2010 oordeelt het HvJ EU (NJ 2010, 522 m.nt. M.V. Polak, LJN: BL8193) over de vraag welke rechter rechtsmacht heeft in gevallen dat diensten volgens een overeenkomst in verschillende lidstaten moeten worden verricht. Het hof beantwoordt de eerste prejudiciële vraag aldus dat art. 5 punt 1 sub b tweede streepje van de EEX-Verordening ook van toepassing is in geval van dienstverlening in verschillende lidstaten. Bevoegd is de rechter van de plaats waar de diensten *hoofdzakelijk* moeten worden verricht. Kan die plaats niet worden opgemaakt uit de overeenkomst of de uitvoering daarvan, dan is, in geval van handelsagentuur, de rechter van de woonplaats van de handelsagent bevoegd.

In HR 8 oktober 2010 (RvdW 2010, 1207, LJN: BN1405) vervolgt de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vragen aan het HvJ EU (arrest van 16 juli 2009, RvdW 2009, 1085, LJN: BJ3757) of de initiële schade ten gevolge van een onrechtmatige gedraging (art. 5 lid 3 EEX-Verordening) de schade is die ontstaat door de aflevering van het ondeugdelijke product, of de schade die ontstaat bij het normaal gebruik van het product voor het doel waarvoor het was bestemd. Het laatste, aldus het HvJ EU (*Erfolgssort*), waarop de HR de uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage casseert.

Art. 22 EEX-Verordening schept een aantal exclusieve bevoegdheden, zoals – voor geschillen betreffende zakelijke rechten op onroerende goederen – de rechter van de plaats waar dat onroerend goed is gelegen. De Rechtbank Rotterdam oordeelt op 7 april 2010 (NJF 2010, 212, LJN: BM1585) dat de revindicatie van onroerend goed ook onder deze exclusieve bevoegdheid van genoemd artikel valt.

De HR bevestigt in zijn arrest van 26 november 2010 dat de exclusieve bevoegd-

heden van art. 22 EEX-Verordening restrictief moeten worden uitgelegd zodat de exclusieve rechter van lid 2 van dat artikel betreffende de geldigheid, nietigheid of ontbinding van rechtspersonen of vennootschappen zich behalve tot de vernietiging van een besluit ex art. 2:15 BW niet tevens uitstrekt tot de gevolgen van dat besluit en wat ter uitvoering daarvan is geschied (beëindiging van een overeenkomst ter zake waarvan partijen in dit geval arbitrage waren overeengekomen) (JOR 2011, 7 m.nt. R.G.J. de Haan, NJ 2011, 55 m.nt. P. van Schilfgaarde, LJN: BN8533).

Ten slotte een opmerkelijke zaak met betrekking tot de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam). Het betreft hier de – vooralsnog – bevoegdverklaring van het Gerechtshof Amsterdam (12 november 2010, JOR 2011, 46 m.nt. J.S. Kortmann, NJ 2010, 683, NJF 2010, 500, RF 2011, 8, LJN: BO3908) in een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van een vaststellingsovereenkomst tussen twee Zwitserse ondernemingen (Converium) en Nederlandse belangenbehartigers van hoofdzakelijk Zwitserse gedupeerde Converium-aandeelhouders. Aandelen Converium waren zowel verhandeld op de Zwitserse aandelenbeurs als de New York Stock Exchange. De achtergrond van deze zaak was een namens alle gedupeerde aandeelhouders wereldwijd in Amerika ingestelde *class action* waarvan de Amerikaanse rechter oordeelde niet bevoegd te zijn ten aanzien van buitenlandse aandeelhouders die aandelen hadden gekocht op de Zwitserse beurs. Deze groep heeft – met het oog op de Wcam – in Nederland een stichting opgericht en vraagt voor het Gerechtshof Amsterdam verbindendverklaring van de met Converium bereikte schikkingsovereenkomst. Het hof stelt vast dat de aandeelhouders bestaan uit drie groepen: het overgrote deel is Zwitsers en daarnaast is er nog een deel uit de EU afkomstige beleggers. Van slechts twee procent is bekend dat ze in Nederland gevestigd of woonachtig zijn. De rest is uit overige delen van de wereld afkomstig (niet de VS). Voor de Nederlandse groep verklaart het hof zich bevoegd op grond van art. 2 EEX-Verordening. Met een beroep op de 'nauwe

band' ex art. 6 EEX-Verordening verklaart het hof zich ook bevoegd ten aanzien van de elders in Europa gevestigde aandeelhouders (vgl. NJ 2009, 506, LJN: BI5744). Als alternatieve grondslag komt het hof voor de Europese groep op art. 5 lid 1 EEX-Verordening (verbintenis uit overeenkomst), terwijl die overeenkomst voor de individuele aandeelhouders – met de beoogde verbindendverklaring – juist nog tot stand moet komen. Tot slot: de bevoegdheid ten aanzien van de niet-EU-aandeelhouders wordt aangenomen op grond van de artt. 3 sub a en c jo. 1013 lid 3 Rv. Als gezegd betreft dit een voorlopig bevoegdheidsoordeel: in een later stadium van de art. 7:907 BW-procedure worden de aandeelhouders zelf nog in gelegenheid gesteld om zich over de bevoegdheid uit te laten.

Bewijs

Stelplicht en bewijsaanbod

De verzekeraars van de door de Enschedese vuurwerkcramp beschadigde Grolschbrouwerij hebben, na subrogatie, de Staat aangesproken wegens (kort gezegd) het niet voorkomen van de ramp. In drie instanties vingen zij bot, laatstelijk door de HR op 9 juli 2010 (*RvdW* 2010, 898, *JA* 2011, 5, *JOR* 2010, 295 m.nt. B.P.M. van Ravels, LJN: BL3262). Dit arrest gaat niet alleen over 'Kelderluikcriteria' en overheidsaansprakelijkheid, maar bevestigt ook de regel dat een bewijsaanbod tot het leveren van getuigenbewijs gepasseerd mag worden wanneer al eerder getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd. De hoofdregel is bekend: een bewijsaanbod mag ongemotiveerd gepasseerd worden wanneer het onvoldoende specifiek of niet ter zake dienend is. Wil een bewijsaanbod de toets halen van 'voldoende specifiek en ter zake dienend' in de situatie dat al eerder getuigenbewijs is geleverd, dan moet het bewijsaanbod ook vermelden in hoeverre de voorgedragen getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al eerder gedaan hebben (zie ook NJ 2005, 270, LJN: AO7817). Een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs mag overigens ook gepasseerd worden, wanneer men al eerder tot

bewijslevering was toegelaten maar destijds daarvan had afgezien (Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *PrG* 2010, 95, LJN: BL9120).

De eisen aan een bewijsaanbod zijn, volgens vaste jurisprudentie, soepeler wanneer het tegenbewijs betreft. Aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs door (bijvoorbeeld) getuigen mag daarom niet de eis worden gesteld dat het is gespecificeerd (HR 22 december 2009, *RvdW* 2010, 62, *VR* 2010, 43, *JBPr* 2010, 25 m.nt. H.L.G. Wieten, LJN: BK2000).

Zie voor een snelcursus 'bewijsaanbod bij geschillen over de uitleg van een overeenkomst' de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 24 september 2010 (*RvdW* 2010, 1098, LJN: BM9605): wanneer het bewijsaanbod niet ziet op feiten maar op juridische argumenten, is het niet ter zake dienend en mag het dus gepasseerd worden.

Door in een akte na tussenarrest het hof te wijzen op de onjuiste overweging in dat tussenarrest dat zij (geïntimeerde) geen bewijs had aangeboden, herstelt het Gerechtshof Amsterdam dit in een volgend tussenarrest (26 januari 2010, LJN: BM3065), waarna geïntimeerde direct wordt toegelaten haar stelling te bewijzen. Kortom: piepen loont!

Door lukraak – omvangrijke – producties over te leggen zonder in de processtukken toe te lichten waarom de inhoud daarvan het standpunt onderbouwt, voldoet een partij niet aan zijn stelplicht, zo overweegt de Rechtbank Zwolle-Lelystad (13 januari 2010, *PrG* 2010, 77, LJN: BL3714). Het is de specifieke taak van de advocaat om de rechter de weg te wijzen in de bewijsmiddelen; hij kan niet volstaan met 'over de schutting gooien' van stukken in de hoop dat de rechter zelf op zoek gaat naar onderbouwing, zo legt de rechtbank bits uit.

Bewijslast(verdeling)

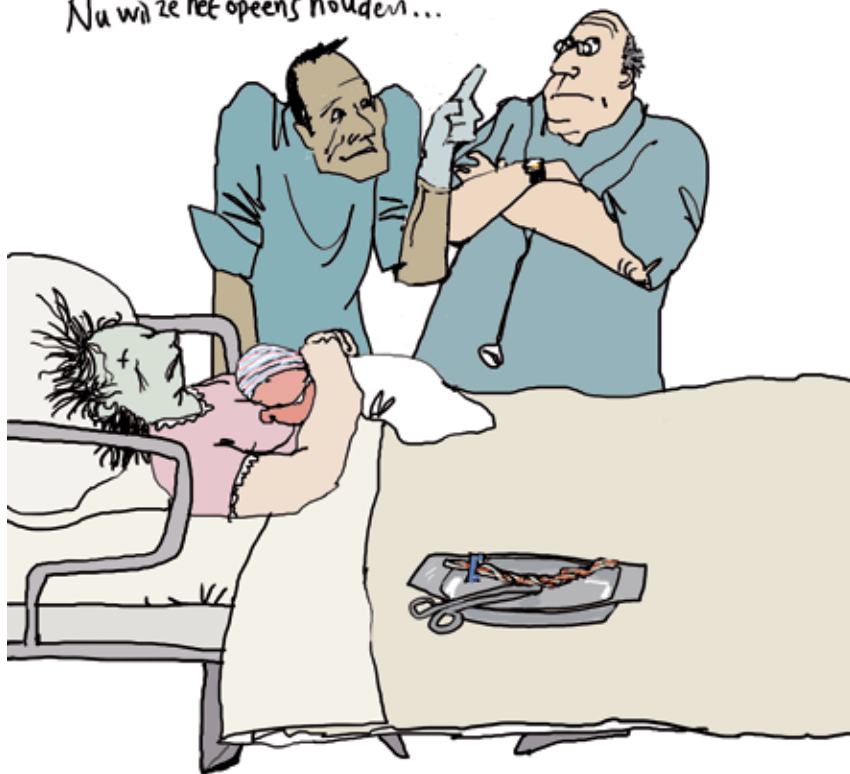
Degene die zich op de werking van de door hem verzonden verklaring wil beroepen, draagt de bewijslast ter zake. Sinds NJ 1998, 897 (LJN: ZC2742) dient

de afzender van een aangetekende brief te bewijzen dat zijn brief naar het juiste adres is verzonden en bovendien dat deze (tijdig) is aangeboden op de wijze die daartoe ter plaatse van bestemming is voorgeschreven. Bewijs van correcte aanbieding ter plaatse (en dus van de stelling dat de verklaring de geadresseerde had bereikt) is door de afzender geleverd, zo oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (met bekrachtiging in HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010, 855, LJN: BM5704) met de poststickers op de door het postkantoor retour gezonden brief. Het feit dat de geadresseerde de brief niet van het postkantoor had afgehaald en tevens de ontvangst van het afhaalbericht betwistte, maakt dit niet anders. Dergelijke poststickers werden echter in vergelijkbare gevallen door het Gerechtshof Arnhem (13 april 2010, *NJF* 2010, 321, *PrG* 2010, 141, LJN: BM2180) en het Gerechtshof 's-Gravenhage (7 september 2010, *NJF* 2010, 414, LJN: BN6782) onvoldoende geacht om tot een dergelijk oordeel te komen. Beide hoven oordelen dat bij gebreke aan bewijs van achterlating van een afhaalbericht niet was komen vast te staan dat de aangetekende brief de geadresseerde had bereikt en evenmin dat hij ter zake het nadeel daarvan diende te dragen in de zin van art. 3:37 lid 3 BW (zie hierover ook D. Baas, *Advocatenblad* 2011-1, p. 33).

In een beroepsaansprakelijkheidszaak tegen een fiscalist benadrukt de HR (9 april 2010, *RvdW* 2010, 512, LJN: BL1128) dat de eiser exact moet aanduiden waar de gestelde beroepsfout uit bestaat. De bewijslast van de feiten en omstandigheden rond de beroepsfout rust dus op de eiser. Dit betekent ook dat wanneer de aangesproken beroepsbeoefenaar gemotiveerd verweer voert tegen het verwijt aan zijn adres, dit niet zomaar gekwalificeerd mag worden als 'ja, maar-verweer', oftewel een bevrijdend verweer, waarvan de bewijslast op de gedaagde rust.

Na een mislukte abortusingreep komt een (overigens: gezond) kind ter wereld. Ten verweere tegen de *wrongful birth* claim van de moeder stelt het ziekenhuis dat de moeder, die van de mislukte ingreep

Twee keer raden?
Na wie ze het opeens houden...



op de hoogte was door een echo na vier maanden zwangerschap, toen de keuze heeft gemaakt het kind te houden en dat daarom causaal verband tussen fout en schade ontbreekt. Het hof heeft deze stelling van het ziekenhuis ('de moeder wilde inmiddels wel een kind') als bevrijdend verweer aangemerkt en zo de bewijslast daarvan bij het ziekenhuis gelegd. De HR (16 april 2010, NJ 2010, 229, JBPr 2010, 45 m.nt. H.W. Wiersma, LJN: BL2229) acht dit juist: vanwege de vaststaande medische fout was causaal verband tussen fout en schade gegeven en heeft het hof het bewijsrisico van de stelling dat de (gestelde) keuze van de moeder het causale verband toch doorbreekt, terecht bij het ziekenhuis neergelegd. Dat het ook bij eigen-schuldverweren aan de aangesproken partij is om de feiten en omstandigheden bij de eiser ter onderbouwing van dit verweer te stellen en te bewijzen, bevestigt de HR op 16 juni 2010 (NJ 2010, 333, LJN: BM1733).

Gerechtshof Arnhem 29 juni 2010 (JA 2010, 118, LJN: BN0791) is een voorbeeld van toepassing van de omkeringsregel op aansprakelijkheidsclaims tegen wegbeheerders, duidelijk in navolging van NJ 2009, 28 (Smeets, Gemeente Heerlen, LJN: BG1890; zie de 'omkeringsrichel' in

de editie van 2008 van deze kroniek). Dit maakt dat de fietser die verongelukt was door tegen een paaltje midden op het fietspad te botsen, niet het causaal verband tussen dit ongeval en het ontbreken van veiligheidsmaatregelen hoeft te stellen en bewijzen.

Opvallend is het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden (10 augustus 2010, JA 2010, 152 m.nt. Chr.H. van Dijk, LJN: BN3975), waarin de dame die na een auto-ongeluk schade claimt wegens 'whiplash-achtige klachten', ten bewijze van haar gezondheidsklachten kan volstaan met het stellen en bewijzen dat haar klachten 'reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn'. Volgens het hof hoeven haar klachten namelijk niet met de gebruikelijke medische onderzoeksmethoden geobjectiveerd te worden. Maar wil het hof het bestaan van de klachten dan zelf gaan vaststellen? In zijn kritische noot bij dit arrest vraagt Van Dijk rechters om het oordeel over het realiteitsgehalte van 'vage klachten' aan medici over te laten. Zo blijkt de noodzaak om de klachten van letselschade *claimants* steeds kritisch te toetsen direct uit Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 juli 2010 (JA 2010, 153, LJN: BN1385), waarin de claimant ondanks zijn klachten (waar-

door hij 'niets kan') toch in staat bleek tot racefietsen, klussen en zelfs het bedienen van een hogedrukreiniger. Deze rechtbank gelast daarom een deskundigenbericht over het realiteitsgehalte van de klachten.

Het geschil tussen een pianostemmer en een beroemde pianist (die altijd zijn eigen vleugel meeneemt naar concerten) ging over de vraag of de pianostemmer nog geld kreeg voor zijn diensten of dat partijen slechts een vergoeding in natura in de vorm van publiciteit hadden afgesproken. Het Gerechtshof Amsterdam (13 juli 2010, NJF 2010, 320, LJN: BN0989) overweegt dat de pianostemmer, als eiser, moet stellen en bewijzen dat hem een opdracht is verstrekt, dat hij deze heeft uitgevoerd en dat hem een redelijk loon in de zin van art. 7:405 lid 2 BW toekomt. Vervolgens is het aan de pianist om diens ontkenning van enige stelling te bewijzen. Daarom hoeft hier niet de pianostemmer (als opdrachtgever) te bewijzen welk loon hem precies toekomt, maar moet de pianist (als opdrachtgever) bewijzen dat er géén loon is overeengekomen (zulks in navolging van HR 19 december 2008, NJ 2011, 4 m.nt Jac. Hijma, LJN: BG1680).

Bewijsmiddelen

In de ontbindingprocedure tussen een zorginstelling en een bij haar werkzame verpleger brengt de zorginstelling een cd met filmmateriaal over de verpleger in het geding. De familie van een (inmiddels overleden) patiënt heeft met een verborgen camera gefilmd hoe de verpleger deze patiënt verzorgt. De kantonrechter Middelburg (8 april 2010, LJN: BM8556, Prg 2010, 168) weigert de cd als bewijs van het gestelde onvoldoende functioneren van de verpleger. Niet alleen is het gebruik van een camera niet vooraf medegedeeld aan de werknemer en heeft de ondernemingsraad hiermee niet ingestemd, ook is het heimelijk camera-toezicht niet proportioneel. Bovendien is hier gefilmd door een derde. Dit alles maakt dat de kantonrechter het beroep van de werkgever op de beelden als onrechtmatig jegens haar werknemer aanmerkt.

In twee uitspraken is geoordeeld dat de als bewijs overgelegde *screen prints* (schermafdrucken van de computer) maar beperkt kunnen bijdragen aan bewijslevering. Zo oordeelde de kantonrechter Eindhoven (26 augustus 2010, *Prg* 2010, 228, LJN: BN5122) dat thuiswinkelbedrijf Tell Sell met alleen *screen prints* van de afleveringsmelding door de vervoerder niet had bewezen dat de bestelde goederen de koper hadden bereikt. Ook de kantonrechter Den Helder (15 april 2010, *Prg* 2010, 151 m.nt. red., LJN: BM3506) vond schermafdrucken van de website onvoldoende bewijs voor de gestelde totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst, zodat de kantonrechter de vordering tot premiebetaling afwees. In de noot staat de tip om de totstandkoming van een overeenkomst via internet te bewijzen met het registreren van het IP-adres van de gebruiker van de website of door een elektronische handtekening ex art. 3:15a BW van klanten te vragen. Dit laatste is overigens hoe dan ook voorgeschreven voor de verzekeringspolis, wanneer die in elektronische vorm wordt afgesloten. Over elektronisch opmaken gesproken: sinds 1 juli 2010 heeft een digitale onderhandse akte dezelfde bewijskracht als een bij geschrift opgemaakte onderhandse akte (zie ook het wetgevingsoverzicht in het tweede deel van deze kroniek in het komende *Advocatenblad*).

Een uittreksel uit de Gemeentelijke Basisadministratie heeft geen dwingende bewijskracht ex art. 156 lid 2 Rv ten aanzien van de werkelijke woonplaats van de geregistreerde in Nederland, laat staan op het geregistreerde adres, aldus de voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo in zijn beslissing van 18 juni 2010 (*NJF* 2010, 286, *Prg* 2010, 183, LJN: BM8532).

Getuigenverhoor

Over het verschoningsrecht van getuigen is met name relevant de (veelbesproken) EHRM-uitspraak dat een advocaat in dienstbetrekking, gezien zijn nauwe band met zijn werkgever, beroepsmatig niet even onafhankelijk is als een externe advocaat en daarom geen beroep kan

doen op zijn verschoningsrecht – in dit geval tegenover de Europese Commissie als mededingingsautoriteit (EHRM 14 september 2010, zie o.a. *Advocatenblad* 2010-13, pp. 450-451).

Wie een opfrisser kan gebruiken over de omvang van het professioneel verschoningsrecht, leze de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent voor (het zonder nadere motivering afgedane) HR 24 december 2010 (*RvdW* 2011, 63, LJN: BO4927).

Voorlopig getuigenverhoor

Op 19 maart 2010 overweegt de HR (*NJ* 2010, 172, *JBP* 2010, 42 m.nt. H.L.G. Wieten, LJN: BK8146), in navolging van zijn beslissing in *NJ* 2008, 323 (LJN: BC3354), dat bij de beoordeling van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor de toewijsbaarheid van de in te stellen vordering niet ter toetsing voorligt: de rechter die het verzoek beoordeelt, mag niet op de stoel van de rechter in de hoofdzaak gaan zitten. De HR gaat nu echter verder: hij oordeelt dat een verzoeker van een voorlopig getuigenverhoor niet gebonden is aan de vordering die hij eerst als grondslag heeft aangevoerd; het staat hem vrij om naderhand een geheel andere vordering in te stellen. In deze zaak doet de HR zelfs aan de verzoeker een suggestie daartoe! Annotator Wieten vindt dit te ver gaan. Nu art. 187 lid 3 Rv de verzoeker 'huiswerk opgeeft' voor wat betreft zijn vordering vindt zij dat de rechter hem op de kwaliteit van dat huiswerk mag aanspreken.

Dit arrest werd direct genoemd door de Rechtbank Haarlem (15 april 2010, *NJF* 2010, 327, LJN: BM1715) bij zijn oordeel dat het in het verzoekschrift achterwege laten van een schadebegroting niet automatisch leidt tot afwijzing van het gevraagde voorlopig getuigenverhoor.

Hoewel art. 188 lid 2 Rv bepaalt dat geen appel openstaat tegen een toegewezen verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, kan dit verbod worden doorbroken door in appel aan te voeren dat art. 186 Rv ten onrechte of met verzuim van essentiële vormen



is toegepast, dan wel dat het artikel ten onrechte buiten toepassing is gelaten. Met het beroep op de onbevoegdheid van de Rechtbank Utrecht op grond van de EEX-Verordening was het appel onvankelelijk, aldus het Gerechtshof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) in zijn arrest van 5 augustus 2010 (LJN: BN3401). Het appel van een van de verweerders slaagde bovendien ook op inhoudelijke gronden, omdat de Rechtbank Utrecht op grond van de artt. 5 lid 1 en 3 EEX-Verordening onbevoegd zou zijn om van de hoofdzaak tegen hem kennis te nemen. In de hoofdzaak tegen de andere verweerder zou de Utrechtse rechtbank wel bevoegd zijn; die rechtbank was daarom ook bevoegd het voorlopig getuigenverhoor ter voorbereiding op die hoofdzaak te gelasten en het appel van deze verweerder faalde dus.

Deskundigenbericht

De deskundige die tijdens zijn onderzoek ontdekt dat hij tot hetzelfde professionele netwerk behoort als de gemachtigde van één van partijen en dat er in die setting ook vriendschappelijk contact is geweest, wordt (op eigen verzoek) van de zaak afgehaald door de kantonrechter Amsterdam (25 januari 2010, *JBP* 2010, 38 m.nt. E.F. Groot, die bespreekt wanneer een deskundige niet

onpartijdig is en wat er bij geconstateerde partijdigheid moet gebeuren). Ook Rechtbank Alkmaar (17 februari 2010, JA 2010, 55 m.nt. G. de Groot, LJN: BL6618) gaat over de rechterlijke toetsing van de (on)partijdigheid van deskundigen. Deze rechtbank doet het beroep van één van partijen op de partijdigheid van de deskundige (na lezing van het voor die partij ongunstige deskundigenbericht) af als 'strijdig met de goede procesorde'. Volgens De Groot in haar diepgaande en uitvoerige noot gaat dit te ver: het oordeel dat het beroep op de partijdigheid niet opgaat, had volstaan.

Het gebrek aan betrokkenheid van een partij bij het deskundigenonderzoek ligt in de risicosfeer van die partij, oordeelt het Gerechtshof Amsterdam (23 november 2011, LJN: BO7254) in een zaak over gewasschade door een beweerdelijke storing in een spuitmachine. In deze zaak had de uitnodiging van de deskundige tot opname van het bespoten perceel en van een soortgelijke spuitmachine wel de procesadvocaat van deze partij bereikt, maar niet de partij zelf of diens advocaat, die daardoor niet aanwezig waren geweest. Vervolgens had deze partij niet gebruikgemaakt van de mogelijkheid te reageren op het conceptrapport van de deskundige en volstaan met de mededeling dat hij het rapport niet kon aanvaarden. Zodoende zag het hof geen aanleiding voor nadere bewijslevering en deed de zaak – u raadt het al – direct af in het nadeel van deze partij.

Voorlopig deskundigenbericht

Een rechter is verplicht een voorlopig deskundigenbericht te bevelen als het verzoek daartoe ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. Een rechter kan het verzoek alleen afwijzen bij strijd met de goede procesorde, misbruik of overige zwaarwichtige bezwaren (NJ 2004, 584, LJN: AL8610; zie ook de kroniek van 2007). Aan die maatstaf toetst het Gerechtshof Amsterdam een verzoek van een patiënt in een medische aansprakelijkheidszaak en bekrachtigt de afwijzing in eerste aanleg (6 maart 2010, NJF

2010, 261, LJN: BM9228). Daartoe overweegt het hof dat er al een rapport van een gezamenlijk ingeschakelde deskundige ter tafel ligt en dat dit rapport op één lijn kan worden gesteld met een door de rechter opgedragen (voorlopig) deskundigenbericht. Daarbij constateert het hof dat er geen zwaarwegende bezwaren bestaan tegen de wijze van totstandkoming of de inhoud van dit rapport (en dat het rapport de patiënt dus voldoende aanknopingspunten biedt om zijn proceskansen te kunnen inschatten), zodat het hof het strijdig met de goede procesorde vindt om een nieuw onderzoek, op de voet van een voorlopig deskundigenbericht, te verlangen.

Dagvaarding

De HR verklaart op 19 februari 2010 vier cassatieberoepen ontvankelijk die met één cassatiedagvaarding zijn ingesteld (NJ 2010, 116, LJN: BK8100) door de bewindvoerder van een pachter van vier percelen, onderwerp van vier (aanverwante) onteigeningsgedingen. De HR oordeelt dat de goede procesorde zich niet verzet tegen het bij een en hetzelfde exploit instellen van beroep in cassatie tegen de in de vier verschillende zaken gewezen uitspraken. Ook wanneer in één exploit appel wordt ingesteld tegen twee vonnissen, waarbij het tweede vonnis niets meer inhoudt dan een precisering van het eerste, is sprake van een zodanige verwevenheid dat er redelijkerwijs geen bezwaar tegen kan bestaan dat zij in één keer aan het oordeel van de appelrechter worden onderworpen, aldus het Gerechtshof Amsterdam in haar arrest van 28 september 2010 (NJF 2010, 498, LJN: BO7968).

Herstelexploten

Het Gerechtshof Amsterdam (14 september 2010, NJF 2010, 398, LJN: BN7446) oordeelt dat een herstelexploit dat geen vermelding van het herstel van het verzuim van niet tijdige inschrijving van de dagvaarding bevat, toch op voor geïntimeerde redelijkerwijs voldoende duidelijke wijze strekte tot herstel van dat verzuim.

Bij het Gerechtshof 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch (27 april 2010, NJF 2010, 355, LJN: BM2869) gaat het echter mis als een nietige appeldagvaarding niet vóór de eerstdienende dag wordt hersteld met een herstelexploit ex art. 120 lid 2 Rv, maar gekozen wordt de nietige dagvaarding niet aan te brengen en binnen zes dagen na de eerstdienende dag een herstelexploit ex art. 125 lid 4 Rv te doen betekenen. Dit 'aanbrengherstelexploit' kan geen nietigheden herstellen.

Geheim adres

De rechtbanken Middelburg en Arnhem gaan verschillend om met de woonplaatsvermelding van een partij met een geheim adres. De kantonrechter van de Rechtbank Middelburg, locatie Terneuzen, verklaart op 3 maart 2010 in een verzetprocedure de oorspronkelijke dagvaarding nietig waarin de woonplaats van de gedaagde met het geheime adres ontbreekt omdat de gedaagde zo niet kan nagaan op welk adres het exploit voor haar is achtergelaten, zonder herstel toe te laten (JBPr 2010, 50 m.nt. A.W. Jongbloed en LJN: BO3987). De Rechtbank Arnhem beveelt herstel van de dagvaarding waarin het geheime adres van de eiser ontbreekt, op de voet van art. 122 lid 2 Rv (dat krachtens lid 1 ook geldt in verzet), omdat eisers in verband met de eventuele proceskostenveroordeling nog wel te vinden moet zijn (PrG 2011, 19, LJN: BO6162).

De dagvaarding dient op straffe van nietigheid de gronden van de eis te vermelden (artt. 111 lid 2 sub d jo. 122 Rv). Dagvaardingen worden op dit punt niet altijd nietig verklaard in verband met de herstelmogelijkheid van art. 122 lid 2 Rv. De Hilversumse kantonrechter verklaart op 10 februari 2010 (PrG 2010, 74, LJN: BM3497) een incassodagvaarding van een cessionaris van een telefoonmaatschappij nietig omdat daarin onduidelijk blijft op welke grondslag de vordering is gebaseerd en waartegen de gedaagde verweer dient te voeren. Voor herstel ziet de kantonrechter geen aanleiding omdat gedaagde op deze wijze onredelijk in zijn belangen is geschaad.

Executie

Executiegeschil, misbruik van (proces)recht

In de zaak die leidde tot Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2010 (NJF 2010, 191, LJN: BM1291) had een bank in 2008 – na een sommatie in 2006 – loonbeslag gelegd uit hoofde van een verstekvonnis uit 1993. Het hof komt de geëxecuteerde te hulp. Dit niet aan de hand van het in het Ritzzen/Hoekstra-arrest (NJ 1985, 145, LJN: AG4575) ontwikkelde toetsingskader (misbruik van executiebevoegdheid bij een juridische of feitelijke misslag, dan wel het ontstaan van een noodtoestand door na het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten) maar over de boeg van de rechtsverwerking. Door het stilzitten van de bank in combinatie met het uitblijven van de nodige mededelingen was hier het vertrouwen gewekt dat (verdere) executie achterwege zou blijven.

Ex-echtelingen hebben beiden de Nederlandse nationaliteit en wonen in België. De vrouw begint een alimentatieprocedure in België waarin de man met succes heeft bepleit dat de Nederlandse rechter bevoegd is van het verzoek van de vrouw kennis te nemen. Nadat de Belgische rechter de zaak verwezen heeft naar de Nederlandse rechter draait de man om als een blad aan een boom en beroept zich op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. In deze zaak wijst de HR arrest op 7 mei 2010 (NJ 2010, 556 m.nt. Th.M. de Boer, JBPr 2010, 53 m.nt. M. Freudenthal, LJN: BL3651). In de woorden van M.V. Polak (zie *Ars Aequi* september 2010, pp. 615-620) laat de HR hier zien dat hij er niet voor terugdeinst om klip-en-klaar misbruik van IPR-procesrecht af te straffen door te oordelen dat op het in Nederland gevoerde bevoegdheidsverweer geen acht hoefde te worden geslagen. Wel plaatsen de annotatoren enkele Europeesrechtelijke vraagtekens bij deze in hun ogen overigens billijke beslissing.

Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing

Art. 438 lid 2 Rv biedt de voorzieningenrechter de mogelijkheid de executie van

een vonnis te schorsen. Een soortgelijke vordering kan ook in appel in een incident op de voet van art. 351 Rv worden ingesteld. Die laatste weg is (natuurlijk) afgesneden als de eerdere – op dezelfde feiten gegronde – vordering bij de voorzieningenrechter is gestrand (zie Gerechtshof Amsterdam 26 oktober 2010, NJF 2010, 499, LJN: BO4585).

Dwangsom

Een dwangsom kan pas worden verbeurd nadat de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld, is betekend (art. 611a lid 3 Rv). In de zaak die leidde tot een arrest van het Arnhemse hof van 20 april 2010 (NJF 2010, 411, LJN: BM1511) was de dwangsomveroordeling betekend aan het kantoor van de advocaat waar de veroordeelde in eerste aanleg woonplaats had gekozen. Het geval van art. 63 lid 1 Rv deed zich hier echter niet voor nu het geen exploit betrof waarbij een gewoon rechtsmiddel was ingesteld, zodat het hof ervan uitgaat dat er geen dwangsommen zijn verbeurd. Er werd in deze zaak ook nog een beroep gedaan op een ouder arrest van het Arnhemse hof van 13 november 2007 (NJF 2008, 146, LJN: BC4135; zie ook de kroniek van 2007) waarin er juist van was uitgegaan dat – ondanks een dergelijke betekening – toch dwangsommen waren verbeurd. Het hof passeert dit beroep op zijn oudere arrest omdat het in die zaak anders lag. Daar was namelijk buiten twiifel dat de veroordeelde al vrijwel meteen na de betekening aan diens voormalige gemachtigde daadwerkelijk bekend was met die betekening en met de inhoud van de daarbij betekende uitspraak.

In het geval de dwangsomrechter heeft te oordelen over de vraag of er sprake is van een ‘onmogelijkheid’ in de zin van art. 611d Rv moet onderzocht worden of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de veroordeling te voldoen (zie HR 26 maart 2010, RvdW 2010, 457, JBPr 2010, 44 m.nt. A.W. Jongbloed, JIN 2010, 341 m.nt. N. de Boer, LJN: BL0004; zie hierover ook A.W. Jongbloed in TCR 2011, 1). In het geval de ‘onmogelijkheid’ die de veroordeelde aanvoert het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid

daterend van vóór de veroordeling, dan kan de rechter in uitzonderingsgevallen de gevraagde opschorting c.q. opheffing van de dwangsommen weigeren. Van zo’n uitzonderingsgeval kan sprake zijn als het gaat om gedragingen van de veroordeelde die hij, in het zicht van de mogelijke veroordeling, welbewust heeft verricht om de naleving daarvan te bemoeilijken of te beletten. Annotator Jongbloed vraagt zich af of de HR het de procespartij, die in het zicht van de uitspraak ‘grote schoonmaak’ houdt, niet te gemakkelijk maakt. Degene die de dwangsom opvoert, zal immers aannemelijk moeten maken dat zich een uitzonderingssituatie voordoet en deze zal veelal in het duister tasten omtrent de toedracht.

Wanneer de appelrechter de hoofdveroordeling van de eerste rechter gedeeltelijk bekrachtigt en diens opgelegde dwangsom wijzigt, betekent dit niet dat de eerst opgelegde dwangsom niet meer kan worden verbeurd in de periode tussen de betekening van de uitvoerbare beslissing van de rechter in eerste aanleg en de betekening van de beslissing in hoger beroep (zie Benelux-Gerechtshof 20 april 2010, NJ 2010, 434). Gedurende die periode kan bij overtreding van een gedeelte van de hoofdveroordeling een dwangsom worden verbeurd ten aanzien van dat gedeelte, mits onmiskenbaar duidelijk is dat de rechter in hoger beroep een dwangsom in stand heeft gehouden voor dit gedeelte van de in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling.

Een dwangsom moet een (extra) prikkel zijn om iets te doen of na te laten. In 2010 speelde de spraakmakende zaak rond het televisieprogramma van misdaadverslaggever Peter R. de Vries, waarin hij beelden van de tot levenslang veroordeelde Koos H. wilde uitzenden die gemaakt waren met een verborgen camera in een tbs-kliniek. De voorzieningenrechter sprak een verbod uit en matigde de gevorderde dwangsom aanvankelijk tot een bedrag van 15.000 euro, te betalen door zowel de omroep als de producent. Dit was voor hen kennelijk onvoldoende prikkel om het verbod na te leven, omdat de uitzending gewoon doorging. G. Kor merkt in

zijn artikel 'Rechterlijk gezag & dwangsom' (NJB 2010, pp. 1913-1916) dan ook op dat de omroep en de producent kennelijk van harte bereid waren om – bij wijze van spreken – 'uitzendrechten' van ieder 15.000 euro aan Koos H. te betalen. Naar aanleiding van een voorgenomen vervolgzending hadden de advocaten van Koos H. naast de omroep en de producent ook De Vries zelf in de procedure betrokken en vorderden zij dat de eerdere verboden opnieuw zouden worden opgelegd, ditmaal met een hogere dwangsom. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam overweegt in dat tweede kort geding dat de rechtbank er tot voor kort altijd van uitging dat de media veroordelende vonnissen nakomen, zodat de dwangsom dan ook meer werd beschouwd als een onderstreping van de veroordeling dan als een prikkel tot nakoming (zie Vznr. Rechtbank Amsterdam 16 april 2010, NJF 2010, 195, LJN: BM1465). Nu dat anders bleek te liggen, volgde – voor grotendeels dezelfde verboden – een dwangsom van 500.000 euro. Een opvallende koerswijziging volgens Kor, die zich in genoemd artikel verder beklagt over het weinig samenhangende beleid met betrekking tot Amsterdamse dwangsomveroordelingen in mediazaken.

In Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2010 (NJF 2011, 34, LJN: BP0654) komt appellant in het hoger beroep van een executiegeschil voor het eerst met een subsidiaire vordering die erop gericht is dat het hof verbeurde dwangsommen opheft of matigt, terwijl art. 611d Rv voorschrijft dat de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, hierover gaat. Het hof kwalificeert dit als een verkapte vorm van prorogatie waarover partijen geen overeenstemming hebben bereikt, zodat het deze vordering wegens strijd met de eisen van een goede procesorde afwijst. Een procedure voor de executierechter kan leiden tot de conclusie dat geen dwangsommen zijn verbeurd of dat de dwangsomcrediteur een dwangsom niet kan executeren. De executierechter mag

daarbij toetsen of de uitspraak waarbij de dwangsom is opgelegd, in het licht van nieuwe omstandigheden nog actueel en uitvoerbaar is (zie Benelux-Gerechtshof 30 september 2010, RvdW 2010, 1280).

Exequatur

Het verweer dat reeds is voldaan aan de uitspraak waarvan exequatur wordt gevraagd, valt niet onder de in de EEX-Verordening genoemde weigeringsgronden (zie HR 12 maart 2010, NJ 2010, 156, JOR 2010, 143, LJN: BK4932). De HR stelt hier de prejudiciële vraag of de rechter die oordeelt over een rechtsmiddel tegen de gegeven verklaring van uitvoerbaarheid deze mag weigeren of intrekken op een andere dan in de EEX-Verordening genoemde grond die zich heeft voorgedaan nadat deze beslissing was gegeven. Oftewel: is de partij die het betreft op een executiegeschil aangewezen of kan een dergelijk verweer meteen worden 'meegenomen' in de exequaturprocedure? Wordt vervolgd dus.

Varia

Op 23 juni 2010 heeft de Rechtbank Amsterdam een belangwekkend vonnis gewezen met betrekking tot de rechtsgevolgen van (een deel van) door een Amerikaanse rechter in het kader van een Amerikaanse *class action* genomen beslissingen (NJF 2010, 303, JOR 2010, 225 m.nt. I. N. Tzankova, RF 2010, 87, LJN: BM9324). De rechtbank oordeelt hier onder meer dat de rechten en aanspraken van de *class members* in de Amerikaanse procedure voldoende en op vergelijkbare wijze als bij de Wet collectieve afwikkeling massaschade zijn gewaarborgd. De Amerikaanse beslissing waarbij de collectieve schikking in de Verenigde Staten algemeen verbindend is verklaard kan dan ook in Nederland worden erkend en de daarin genomen beslissingen zijn ook bindend voor de afwezige leden van de *class* die geen opt-outverklaring hebben ingediend.

(advertenties)



LIESKER LEGAL

PROCESFINANCIERING

Overname van financiële risico's

- In civiele zaken
- In fiscale zaken
- In faillissementen

www.lieskerlegal.nl

Ceresstraat 4 Breda ☎ 076 530 36 00