

# Kroniek Burgerlijk procesrecht



2011

## INHOUD

*Algemene beginselen: Hoor en wederhoor, Waarheidsplicht, Varia » Arbitrage en bindend advies » Beslag » Bevoegdheid » Bewijs: Stelplicht en bewijsaanbod, Bewijslast(verdeling), Bewijsmiddelen, Getuigenbewijs, Voorlopig getuigenverhoor, Deskundigenbericht, Voorlopig deskundigenbericht » Dagvaarding*

Deze kroniek bevat het eerste deel van een selectie van uitspraken die in 2011 zijn geweest en van oudere uitspraken die niet in vorige kronieken zijn vermeld.<sup>1</sup>

Door Robert Hendrikse,  
Leonie Rammeloo, Marianne Valk  
en Hans Vestjens<sup>2</sup>

## Algemene beginselen

### Hoor en wederhoor

Het kan voor een rechter verleidelijk zijn om zelf op internet nader onderzoek te doen en de aldus gevonden informatie aan zijn beslissing ten grondslag te leggen. Dat mag echter niet zonder nader debat daarover. De Hoge Raad oordeelt dat het in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor is wanneer partijen niet in de gelegenheid worden gesteld van die informatie kennis te nemen en zich desgewenst daarover uit te laten (HR 15 april 2011, LJN: BP5612 en HR 9 september 2011, LJN: BR1654). Zie hierover ook J.C. Heuving in het artikel 'Internet en de (minder) lijdelijke rechter' in *TvPP* 2012, nr. 1 (p. 12-15). Misschien googelen rechters wel vaker dan we denken, omdat niet alle rechters ervan zullen doen blijken in hun uitspraken. Heuving acht het dan ook van belang steeds zorgvuldig na te gaan of de aan de beslissing ten grondslag gelegde feiten door partijen zijn aangevoerd.

### Waarheidsplicht

In HR 25 maart 2011 (LJN: BO9675) bevestigt hij dat de waarheidsplicht van art. 21 Rv voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures geldt en dat de rechter ambtshalve mag oordelen dat in strijd met deze bepaling is gehandeld. Ook zonder dat partijen daarover specifiek hebben gedebatteerd mag de rechter aan een dergelijke schending de gevolgen verbinden die in over-



Illustraties: Floris Tilanus

eenstemming zijn met de aard en de ernst van de schending (zie in dit verband ook: L. Wijnbergen 'Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden gachte gevolgtrekking,' *WPNR* 2011, afl. 6908, p. 974-980). Een verrassingsbeslissing kan dit dus niet opleveren, tenzij uit het processuele debat blijkt dat partijen met een dergelijke beslissing en de gevolgen daarvan geen rekening hoefden te houden. De wet vermeldt hier dat de rechter aan een schending van die bepaling gevolgen 'kan' verbinden. De rechter heeft daartoe dus de vrijheid en geen plicht (zie HR 18 november 2011, LJN: BS1706).

### Varia

In de zaak die leidde tot HR 18 maart 2011 (LJN: BP0571) bood het hof appellat geen gelegenheid meer getuigen te laten horen, omdat een deugdelijke opgave van getuigen niet tijdig was verstrekt. Volgens de HR kan dit niet door de beugel. In verband met de betrokken belangen eist de goede procesorde dat een dergelijk verzuim slechts mag leiden tot een in die instantie definitieve ontzegging van het recht om getuigenbewijs te leveren, indien dit gerechtvaardigd wordt door de mate waarin als gevolg van het verzuim het belang van een doeltreffende en voortvarende rechtspleging is ge-

1 Specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie worden buiten beschouwing gelaten. Als een uitspraak op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) is gepubliceerd, wordt alleen het Landelijk Jurisprudentie Nummer (LJN) vermeld.  
2 Allen werkzaam bij Van Doorne NV; Leonie Rammeloo is tevens redactielid van dit blad.

schonden. Daarbij moet mede in aanmerking worden genomen de mate waarin de wederpartij door dat verzuim in haar processuele rechten is benadeeld. Dat laatste was hier niet gebeurd en verder was er ook geen sprake van enige onredelijke vertraging van het geding. Zoals S.M.A.M. Venhuizen in zijn noot bij dit arrest in *JBPr* 2011/48 opmerkt, komt het er in feite op neer dat de rechter natuurlijk de wet en procesreglementen juist moet toepassen, maar dat soms een correctie op grond van de eisen van een goede procesorde toch op zijn plaats is. De goede procesorde wordt daarbij in hoge mate bepaald door de aard van het belang waarin de sanctie ingrijpt.

Zie in dit verband ook HR 17 juni 2011 (LJN: BQ1774). Daaruit volgt dat de rechter op uitstelverzoeken, ook als zij via een verkeerd formulier worden ingediend, zo spoedig mogelijk moet reageren. Bij een tijdig ingediend verzoek moet dat op een zodanig moment dat in geval van weigering – waaronder ook het buiten behandeling laten valt – de betreffende proceshandeling nog kan worden verricht. Het ging hier weliswaar om de verlening van uitstel in appel, maar de onderhavige beslissing is ook van belang voor uitstelverzoeken in eerste aanleg bij de sector civiel nu de daarop betrekking hebbende bepalingen in de beide procesreglementen (min of meer) gelijklopend zijn (vgl. Ekelmans, *TCR* 2011/3).

In HR 23 september 2011 (LJN: BT2416) wordt het burgerlijk procesrecht weer wat verder gedeformaliseerd door in een echtscheidingsprocedure de man te hulp te komen die zijn beroepschrift wel aan het hof had geadresseerd maar bij de verzending het faxnummer van de rechtbank had gebruikt. Hof en A-G vonden dat het gebruikmaken van een verkeerd faxnummer voor risico van de verzender dient te komen. Daarentegen overweegt de HR dat verwacht mag worden dat de griffie van het andere/verkeerde gerecht de fout binnen korte tijd onderkent en het verzoekschrift dan doorstuurt naar het juiste gerecht. Nu doorzending niet altijd dezelfde dag zal (kunnen) plaatsvinden, brengt volgens de HR een redelijke, met de eisen van een goede procesorde



verenigbare, wetstoepassing mee dat een dergelijk verzoekschrift – gezien ook de gebruikelijke registratie van het tijdstip van ontvangst – geacht wordt te zijn ingediend op het tijdstip van binnenkomst bij het andere/verkeerde gerecht. Een duidelijke tournure, nu de HR in 2000 (zie LJN: AA5263) nog het uitgangspunt huldigde dat degene die een stuk bezorgt op een verkeerd adres (in casu de griffie van het Paleis van Justitie in Den Haag in plaats van de griffie van de Hoge Raad) of zich bedient van personen die zulks doen, dat op eigen risico doet.

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 de advocaat van wie zij afkomstig zijn, brengt mee dat op niet-ondertekende conclusies of akten geen acht kan worden geslagen (zie bijvoorbeeld het in de kroniek van 2010 (*Advocatenblad* 2011-12) besproken arrest van de HR van 10 september 2010, LJN: BM5958). Toch leidt niet-ondertekening van een memorie van antwoord bij Gerechtshof 's-Gravenhage 26 juli 2011 (LJN: BR5340) niet tot het buiten beschouwing laten daarvan. Dit onder

meer omdat de advocaat van geïntimeerde desgevraagd had verklaard dat deze memorie wel door hem was opgesteld.

## Arbitrage en bindend advies

Twee makelaars was opgedragen bindend te adviseren over de waarde van een boerderij. De omschrijving in de opdracht daartoe was echter zo complex, dat de makelaars besloten deskundig advies te vragen aan een hoogleraar burgerlijk recht. Eerst uit hun bindend advies bleek van de inschakeling en van de bevindingen van deze deskundige. De HR (8 juli 2011, LJN: BQ 5081) oordeelt dat daardoor het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden. De bindend adviseurs hadden partijen, voor het uitbrengen van hun bindend advies, in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over de vraagstelling aan de deskundige en over diens bevindingen. Na verwijzing dient het hof opnieuw de vordering tot vernietiging van het bindend advies te beoordelen. A-G Huydecoper in zijn conclusie en P.E. Ernste in haar noot (*JBPr* 2011/51) bespreken wanneer de noodzaak bestaat tot hoor en wederhoor

van partijen; bij een oordeel op basis van de eigen deskundigheid van de bindend adviseur of arbiter bestaat die noodzaak niet; bij uitvoerig eigen onderzoek, bijvoorbeeld met raadpleging van deskundigen, wel.

Iets vergelijkbaars deed zich voor bij het Gerechtshof Den Haag (28 december 2010, LJN: BP7374): door een arbitraal vonnis te wijzen mede op basis van een deskundigenbericht dat vooraf niet ter kennis van partijen was gebracht, vernietigt het hof dit vonnis (28 december 2010). Het recht op hoor en wederhoor is zo fundamenteel dat daaraan niet af doet dat de ‘onwetende partij’ ter mondelinge behandeling door de arbiters naar dit deskundigenbericht had kunnen vragen. De Rechtbank Utrecht vernietigt op 28 december 2011 (LJN: BV2887) partieel een arbitraal vonnis wegens het ontbreken van een motivering op enkele onderdelen (art. 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv). De rechtbank overweegt dat de wet weliswaar alleen de mogelijkheid van partiële vernietiging kent wanneer de arbiter buiten zijn opdracht of het gevorderde is getreden (art. 1065 lid 1 aanhef onder c en lid 5 Rv), maar dat het – met een blik op de voorstellen van de werkgroep onder leiding van prof. mr. Van den Berg tot wijziging van de Arbitragewet – efficiënt is ook hier slechts partieel te vernietigen. Zodoende laat de rechtbank het deel van het arbitrale vonnis, dat niet onverbrekelijk samenhangt met de vernietigde onderdelen, in stand.

Lukt het partijen onderling niet om arbiters te benoemen, dan kan de voorzieningenrechter verzocht worden dat te doen op grond van art. 1027 lid 3 Rv. Lid 4 bepaalt uitdrukkelijk dat de voorzieningenrechter zich dan niet mag buigen over de vraag of de arbitrageovereenkomst geldig is. Maar als er helemaal geen arbitrageovereenkomst bestaat, dan hoeft de voorzieningenrechter geen arbiters te benoemen, oordeelt de HR (21 oktober 2011, LJN: BQ8777) in een overigens bijzondere zaak. Op grond van het lidmaatschap van beide partijen van een kerkgenootschap, beriep verzoeker zich op een terugkooprecht op grond van het binnen hun beider religie geldende recht en beriep hij

zich op het binnen de religie geldende verbod om onderlinge geschillen aan de overheidsrechter voor te leggen. Tegen de afwijzing van zo’n benoemingsverzoek staat overigens appel open; het rechtsmiddelenverbod van art. 1070 Rv geldt alleen voor een toewijzende beschikking, aldus de Hoge Raad. Nootschrijver I.P.M. van den Nieuwendijk (*JBP* 2011/53) adviseert om in voorkomende gevallen niet alleen te vertrouwen op het aldus bestaande ‘jurisprudentieel asymmetrisch appelverbod’, maar volledigheidshalve ook beroep te doen op een doorbrekingsgrond.

In dit kroniekjaar werd regelmatig een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de civiele rechter, op grond van de gestelde toepasselijkheid van een arbitraal beding (of een beding tot geschilbeslechting door een bindend adviseur). Is zo’n beding van toepassing, dan verklaart de civiele rechter zich onbevoegd (artt. 1022 Rv en 7:904 lid 2 Rv). Een mediationclausule in een overeenkomst kan geen onbevoegdverklaring tot gevolg hebben omdat het de gang naar de civiele rechter niet afsnijdt, maar hooguit even opschort, aldus Rechtbank Den Bosch (23 februari 2011, LJN: BP5647). Overigens is een bevoegdheidsincident in de schadestaatprocedure te laat, oordeelt de Rechtbank Amsterdam op 11 augustus 2011 (LJN: BV6780). De partij die in de hoofdzaak bij verstek was veroordeeld tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, kon zich in de schadestaatprocedure niet meer beroepen op een bestaand arbitragebeding. De bevoegdheid van de rechtbank in de schadestaat was gegeven met de (door het toewijzende vonnis in de hoofdzaak vaststaande) bevoegdheid in de hoofdzaak, zulks op grond van art. 613 Rv.

Het in januari 2010 opgerichte e-Court blijkt moeilijk in te bedden in het bestaande systeem. Deze online geschillenbeslechter maakte eerst gebruik van bindend advies, dat zij in een notariële akte liet vastleggen. Met een dergelijke ‘proces-verbaalakte’ (in de zin van art. 37 lid 2 Wna) heeft de winnende partij echter geen executoriale titel in handen. Daarom worden sinds 1 juli 2011 geschillen beslecht door arbitrage, opdat e-Court snel

bij de rechtbank een exequatur voor een arbitraal vonnis kan vragen. Dat ook dit voor problemen zorgt, blijkt uit een aantal uitspraken van de rechtbanken Almelo en Zutphen (LJN: BT7088 en BT7213, BT7606, BU2930), geannoteerd door P.E. Ernste in *JBP* 2012/15. Exequaturs zijn daarin geweigerd op grond van art. 1063 Rv, wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden, bijvoorbeeld omdat twijfel bestond over de vraag of de gedaagde partij – wanneer hij geen internetaansluiting heeft – zich heeft kunnen verweren, of over de vraag of het reglement van e-Court beide partijen dezelfde procedurele mogelijkheden verschaft. Ook blijken rechtbanken huiverig voor de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding van het aanbod tot geschilbeslechting door e-Court. Het reglement is overigens per 17 oktober 2011 op dit punt gewijzigd en een eerste exequatur is inmiddels verleend (Rechtbank Almelo 1 december 2011, LJN: BU6895).

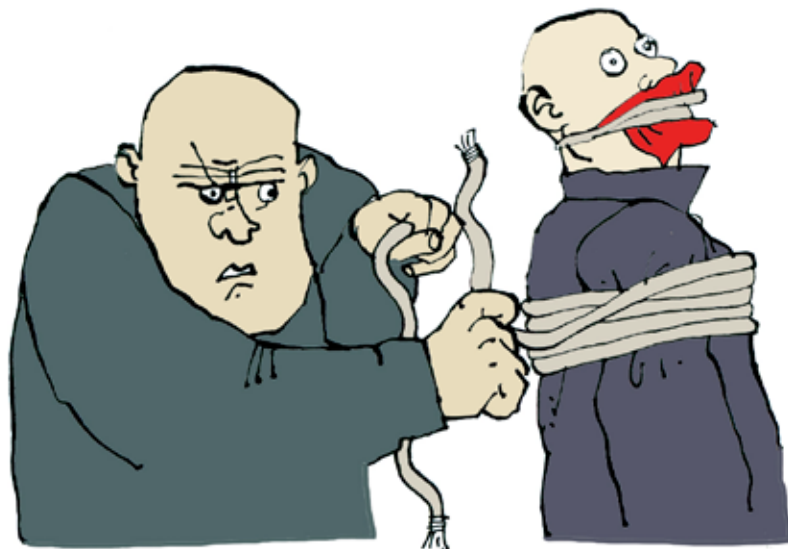
## Beslag

Ingevolge art.700 lid 3 Rv dient – als dit nog niet is geschied – binnen een door de voorzieningenrechter in het beslagverlof te bepalen termijn een eis in de hoofdzaak te worden ingesteld. In de zaak die leidde tot HR 21 oktober 2011 (LJN: BQ8780) kwam de vraag aan de orde of een voeging als benadeelde partij in een Belgische strafzaak kan gelden als het instellen van een ‘eis in de hoofdzaak’ als bedoeld in voormeld artikel. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie overweegt de HR dat de eis in de hoofdzaak niet noodzakelijk in Nederland hoeft te zijn ingesteld. Wel moet het dan gaan om een met voldoende waarborgen omgeven procedure, en de datum waarop deze eis wordt ingesteld, moet voldoende vaststaan. Ten aanzien van een voeging als benadeelde partij in een Nederlands strafproces om de verdachte te laten veroordelen tot vergoeding van de schade die rechtstreeks is geleden door een strafbaar feit, had de HR al in 2006 geoordeeld dat dit in beginsel leidt tot een met voldoende waarborgen omgeven procedure in vorenbedoelde zin. Nu het hof had overwogen dat de onderhavige Belgische procedure kon

ik moet even zeker stellen dat ik de tijd krijg om een noodzakelijkheidstoets uit te voeren...

worden gelijkgesteld met het zich voegen als benadeelde partij in een Nederlandse strafprocedure, kwalificeerde ook deze voeging als eis in de hoofdzaak.

De beslagsyllabus is in 2011 ingrijpend gewijzigd (zie over de wijzigingen uit februari 2011 H. Vestjens in dit blad van 18 maart 2011, pag. 14 en zie over de wijzigingen uit juni 2011 M. Meijssen in *BER* 2011, afl. 1, p. 15-19). Zo dient de opsteller van een beslagrekest voortaan ook melding te maken van alle lopende en beëindigde procedures in zowel Nederland als het buitenland die relevant kunnen zijn voor een goede beoordeling van de zaak. Ook alle eerder ingediende beslagrekesen moeten worden vermeld. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Amsterdamse voorzieningenrechter van 7 april 2011 (LJN: BQ3375) nam verzoekster het niet zo nauw met dit voorschrift. Zij had eerder een beslagrekest ingediend en na verkregen verlot beslag gelegd. Naar aanleiding van dit beslag had een opheffingskortgeding plaatsgevonden waarin de voorzieningenrechter de vordering waarvoor verlot was verleend had herbegroot van 200.000 euro tot 80.000 euro. Zonder melding te maken van deze voorgeschiedenis diende verzoekster vervolgens een nieuw beslagrekest in dat wat de grondslag van de vordering betreft letterlijk overeenstemde met het eerdere verzoek. Bovendien ging het om dezelfde beslagobjecten. In het nieuwe verzoek was de schade nader toegelicht en werd verlot gevraagd voor EUR 187.000. De voorzieningenrechter oordeelt dat verzoekster hem getracht heeft te misleiden door essentiële informatie weg te laten. Dat is zodanig in strijd met de goede procesorde dat daaraan geen ander vervolg kon worden verbonden dan weigering van het verlot. Hetzelfde lot trof de verzoeker die in Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 29 juli 2011 (LJN: BR3950) had verzuimd te vermelden dat hij zijn geluk al eerder had beproefd bij de voorzieningenrechter te Leeuwarden en dat hij dit eerdere rekest had ingetrokken alvorens daarop was beslist. De rechter kwam dit op het spoor doordat verzoeker in het 'toegestaan als verzocht-geedeelte' kenne-



lijk was vergeten Leeuwarden te vervangen door Haarlem.

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 zogenoemde *Vormerkung*). In HR 8 oktober 2010 (LJN: BN1252; zie ook de kroniek van 2010) is geoordeeld dat een dergelijk beslag doel treft, hoewel daarin ook een hindernis gelegen kan zijn voor de effectuering van het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem (27 oktober 2011, LJN: BU4097) overweegt echter dat dit nog niet betekent dat verlot om conservatoir beslag onder de koper te leggen altijd dient te worden verleend. In de betreffende zaak was naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook nog een andere vorm van conservatoir beslag mogelijk, namelijk een derdenbeslag onder de met het transport belaste notaris; bovendien was het bedrag waarvoor verlot werd gevraagd relatief gering, zodat het verzoek op grond van een belangenafweging wordt afgewezen.

Op grond van art. 446 Rv kan een deurwaarder een in executoriaal beslag genomen zaak aan een door hem aan te wijzen bewaarder in gerechtelijke bewaring geven, indien dit voor het behoud van deze zaken redelijkerwijs noodzakelijk is. De

met tuchtrechtspraak voor gerechtsdeurwaarders belaste kamer van het Gerechtshof te Amsterdam (18 oktober 2011, LJN: BT8421) oordeelt dat een deurwaarder, die aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval heeft geconcludeerd dat bewaring noodzakelijk is, een wielklem mag gebruiken om te voorkomen dat een in beslag genomen voertuig in afwachting van de komst van het bergingsbedrijf wordt weggereden. In het onderhavige geval was de deurwaarder echter uit de bocht gevlogen door elke door hem in beslag genomen auto op een wielklem te trakteren zonder daarbij de in art. 446 Rv opgenomen noodzakelijkheidstoets uit te voeren. Zonder die noodzakelijkheidstoets heeft de wielklem naar het oordeel van het hof het karakter van een onwettig pressiemiddel.

In HR 29 april 2011 (LJN: BP4948) had de Ontvanger van de Belastingdienst executoriaal beslag gelegd op een aan X toebehorende onroerende zaak. Ook door enkele andere crediteuren was beslag gelegd. Kort nadat de betreffende zaak op verzoek van de eerste hypotheekhouder executoriaal was verkocht en geleverd faillieerde X met benoeming van mr. Y tot curator. Na de voldoening uit de nettoverkoopopbrengst van de vordering van de eerste hypotheekhouder resteerde een bedrag van ruim 63.000 euro. Ten tijde van de faillietverklaring bevond dit bedrag zich nog op de kwaliteitsrekening

van de met de executie belaste notaris. De Ontvanger stelde zich op het standpunt dat deze opbrengst niet in de faillissementsboedel viel en buiten het faillissement om in een rangregeling diende te worden verdeeld, terwijl mr. Y betoogde dat de opbrengst in de boedel viel. Nadat dit geschil in eerste instantie in het voordeel van de curator was beslecht, oordeelt de Hoge Raad in sprongcassatie dat de op de kwaliteitsrekening gestorte restant-executieopbrengst niet tot het vermogen van de geëxecuteerde behoort, maar tot dat van de gezamenlijke rechthebbenden ten behoeve van wie de gelden zijn bijgeschreven, ieder voor zover het diens aandeel in de gemeenschap betreft. Ieder van de deelgenoten heeft bij de verdeling van deze gemeenschap een voorwaardelijk recht op toedeling van zijn aandeel in de door de notaris beheerde vordering op de kredietinstelling onder de opschortende voorwaarde dat zijn aandeel rechte vast te staan. De geëxecuteerde heeft slechts een aandeel in de restant-executieopbrengst onder de voorwaarde dat en voor zover daarvan na verdeling onder de beslagleggers en andere rechthebbenden (zoals degenen wier beperkt recht op de geëxecuteerde zaak is vervallen) nog een overschot resteert. Mocht de geëxecuteerde na voltooiing van de executie, maar voordat de restant-executieopbrengst is verdeeld, failliet verklaard worden, dan valt derhalve slechts zijn daarmee corresponderend voorwaardelijk recht op toedeling van dit surplus in de boedel.

## Bevoegdheid

Een Nederlandse keukenleverancier vordert voor de Nederlandse rechter een annuleringsvergoeding van zijn Spaanse afnemer. De rechtbank verklaarde zich onbevoegd. In hoger beroep oordeelt het Gerechtshof 's-Gravenhage op 15 maart 2011 (LJN: BP8675) of de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt ex art. 5 lid 1, eerste streepje onder b EEX-Vo (bij koop van roerende, lichamelijke zaken is de rechter van de plaats in de lidstaat waar de zaak volgens de overeenkomst werd geleverd of geleverd had moeten bevoegd), nu de plaats van uitvoering van de oorspronkelijke verbintenis ook bepa-

lend is wanneer partijen procederen over de verbintenis die de oorspronkelijke verbintenis tot levering vervangt (HvJ EG 6 oktober 1976, NJ 1977/170). In dit geval moest de verkoper in verschillende lidstaten leveren. Het Hof past de regel uit het HvJ EG-arrest-Color Drack (3 mei 2007, NJ 2008/237 m.nt. P. Vlas) – bij verscheidenheid van leveringsplaatsen binnen één lidstaat, is de rechter van de plaats van hoofdlevering (naar economische criteria) bevoegd – analoog toe. Nu de hoofdlevering (in elk geval) niet in Nederland zou plaatsvinden, is de Nederlandse rechter niet bevoegd.

Rechtbank Almelo beoordeelt op 13 juli 2011 (LJN: BR5537) haar bevoegdheid in een geschil tussen een Nederlandse en drie Duitse vennootschappen en hun Duitse voormalig bestuurder. De vennootschappen vorderen schadevergoeding op grond van onbehoorlijk bestuur bij de Duitse vennootschappen c.q. onrechtmatige daad. De bestuurder stelt onder verwijzing naar art. 2 EEX-Vo dat niet de Nederlandse, maar de Duitse rechter bevoegd is. De rechtbank kwalificeert de verplichting van de bestuurder jegens de vennootschap tot behoorlijke taakvervulling als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van art. 5 lid 1 EEX-Vo. Nu partijen geen plaats van uitvoering van de verbintenis hebben vastgelegd, moet het Nederlandse conflictenrecht, i.c. de Wet conflictenrecht corporaties, het toepasselijke recht aanwijzen. Dat bepaalt vervolgens waar de verbintenis van de bestuurder moest worden uitgevoerd. Nu het verweeten onbehoorlijk bestuur ten aanzien van naar Duits recht opgerichte en in Duitsland zetelende vennootschappen heeft plaatsgevonden, moet naar Duits recht worden beoordeeld waar de verbintenis van de bestuurder moest worden uitgevoerd. Naar Duits recht wordt de bestuurder vermoed zijn taak te vervullen waar de vennootschap gevestigd is, zodat de Duitse rechter bevoegd is te oordelen over de vordering ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid. De onrechtmatige-daadvordering houdt dusdanig verband met de verbintenis uit overeenkomst, dat de Nederlandse rechter evenmin ex art. 5 lid 3 EEX-Vo bevoegd is.

In de vorige kroniek bespraken wij het HvJ EG-arrest van 25 februari 2010 (NJ 2010/521 m.nt. M.V. Polak), waaruit volgt dat bij verzendingskoop de plaats van levering in de zin van art. 5 sub 1 onder b, eerste streepje EEX-Vo moet worden bepaald op basis van de bepalingen van de overeenkomst. In aanvulling daarop oordeelt het HvJ EG in dit kroniekjaar (9 juni 2011, C-87/10, NJ 2011/389) dat de rechter, die moet nagaan of de overeenkomst een plaats van levering aanwijst, alle voorwaarden en relevante clausules van de overeenkomst op basis waarvan de leveringsplaats duidelijk kan worden aangewezen in zijn beoordeling moet betrekken. Daartoe behoren (ook) de voorwaarden en clausules die algemeen erkend en in de internationale handel gebruikelijk zijn, zoals de Incoterms.

Een Nederlandse partij heeft met een Franse vennootschap gecontracteerd. De Franse bestuurder van de vennootschap heeft zich persoonlijk garant gesteld voor de nakoming van deze overeenkomst. Beoordeeld moet worden of de Nederlandse rechter, gelet op de tussen partijen overeengekomen forumkeuze, (ook) kennis mag nemen van het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. De rechtbank achtte zich daartoe zowel ten aanzien van de vennootschap als de bestuurder op grond van het bepaalde in art. 186 Rv bevoegd. Volgens het hof kon de bevoegdheid niet op die grondslag worden gebaseerd. Uit het verzoek bleek volgens hem dat het onderliggende geschil een burgerlijke of handelszaak betrof (als bedoeld in art. 1 EEX-Vo) en dat het voorlopig getuigenverhoor niet ten doel had om, kort gezegd, de proceskanalen in te schatten, zodat het verzoek binnen het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo valt. De forumkeuze in de overeenkomst leidt dan tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter, maar alleen jegens de vennootschap. De persoonlijke garantstelling door de bestuurder brengt niet diens gebondenheid aan datzelfde forumkeuzebeding mee, omdat sprake is van twee te onderscheiden overeenkomsten. Andere omstandigheden die de Nederlandse rechter ten aanzien van de Franse bestuurder bevoegd zouden ma-



Es speit uns.  
Wir sind nicht befügt.

ken zijn niet gebleken. De Hoge Raad laat het arrest van het Hof in stand (zie HR 2 december 2011, LJN: BU6545). Zie ook hierna bij voorlopig getuigenverhoor hoe de EEX-Vo volgens dit arrest ook grondslag biedt voor een 'bewijsgaringservice' van de Nederlandse rechter.

In HR 27 mei 2011 (LJN: BP8689) oordeelt hij over de vraag of een forumkeuze in algemene voorwaarden voldoet aan de vormvereisten van art. 23 lid 1 sub b EEX-Vo: een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden. Daarvan is sprake wanneer partijen een lopende handelsbetrekking hebben, zij hun relatie steeds hebben geregeld op basis van algemene voorwaarden van de ene partij met een forumkeuze en deze voorwaarden aan de andere partij zijn medegedeeld. Deze laatste partij is dan gebonden, ook al heeft zij op die mededeling niet uitdrukkelijk gereageerd. Die mededeling moet dan wel zodanig zijn geweest dat de andere partij het forumkeuzebeding kende of heeft kunnen kennen. Of de mededeling aan dat vereiste voldoet, is te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval. De partij die zich op de forumkeuze beroept, draagt stelplicht en bewijslast van een en ander.

Op 25 oktober 2011 besliste het HvJ EG in twee zaken waarin partijen, die in verschillende EU-lidstaten woonden, procedeerden over lasterlijke publicaties op internet (C-509/09 en C-161/10, NJB 2011/2100). Bij lasterlijke perspublicaties gold reeds dat het slachtoffer zijn volledige schade kan vorderen in de lidstaat waar de uitgever gevestigd is. Daarnaast kan het slachtoffer in een lidstaat waar een publicatie is verspreid en schade is opgetreden, die betreffende schade bij het gerecht van die lidstaat vorderen. Bij wereldwijd beschikbare internetcontent is vrijwel onmogelijk vast te stellen waar de schade is ingetreden. Voor schadevorderingen als gevolg van lasterlijke internetpublicaties geldt dan ook dat volledige schade kan worden gevorderd in (i) de lidstaat waar de uitgever gevestigd is, dan wel (ii) de lidstaat waar het slachtoffer het



centrum van zijn voornaamste belangen heeft. Schade die is veroorzaakt in een lidstaat waar de content toegankelijk is (geveest), kan ook aldaar worden gevorderd.

In een wegens verknochtheid gevoegde zaak, vordert incidenteel eiser de relatieve onbevoegdverklaring van de Rotterdamse rechtbank en verwijzing naar de rechtbank van haar woonplaats, 's-Gravenhage. Incidenteel verweerster stelt dat de Rotterdamse rechtbank bevoegd is op grond van de forumkeuze in haar algemene voorwaarden en dat de voeging bovendien aan verwijzing in de weg staat. De rechtbank beslist op 26 oktober 2011 (LJN: BU4801) dat de verknochtheid van de zaken niet bestreden is en dat een verwijzing in dit geval de voeging – waarmee immers wordt beoogd tegenstrijdige uitspraken tegen te gaan en beide zaken zoveel mogelijk gelijktijdig te beslechten – feitelijk weer ongedaan zou maken. Om die reden acht zij hier een verwijzing in strijd met de beginselen van goede procesorde en eisen van doelmatigheid.

Art. 767 Rv verklaart de rechtbank van de Nederlandse beslagverlof-rechter bevoegd kennis te nemen van de eis in de hoofd-

zaak indien de beslaglegger op geen enkele andere manier een executoriale titel in Nederland kan verkrijgen. Een Engelse beslaglegger dacht van deze bepaling handig gebruik te maken door ten laste van zijn Congolese wederpartij conservatoir derdenbeslag onder Nederlandse partijen te leggen en zo rechtsmacht van de Nederlandse rechter te creëren. De eis in hoofdzaak werd bij verstek toegewezen. In de verzetprocedure zet het Amsterdamse Hof op 20 december 2011 (LJN: BU9485) alsnog een streep door de rekening, nu (i) de beslaglegger ten tijde van dagvaarding bleek te weten dat derdenbeslagen onder Nederlandse banken geen doel hadden getroffen en een ander derdenbeslag slechts een vordering van 100 euro betrof, (ii) de kosten van het beslag, de daaropvolgende procedure en executie die vordering dus (ruimschoots) zouden overtreffen en (iii) de beslaglegger had nagelaten uit hoofde van de eerdere, bij voorraad uitvoerbare, verstekveroordelingen executoriaal beslag te leggen op Nederlandse vermogensbestanddelen van de Congolees. Nu de beslaglegger op de beslagen vordering per saldo geen verhaal zal kunnen uitoefenen, oordeelt het hof dat de beslaglegger louter beslag

legde om rechtsmacht van de Nederlandse rechter te creëren en niet om in Nederland bestaande (reële) verhaalsmogelijkheden te benutten. Daarmee heeft hij zijn bevoegdheid misbruikt. De slotsom is dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft waarna vernietiging van het verstekvonnis en -arrest volgt.

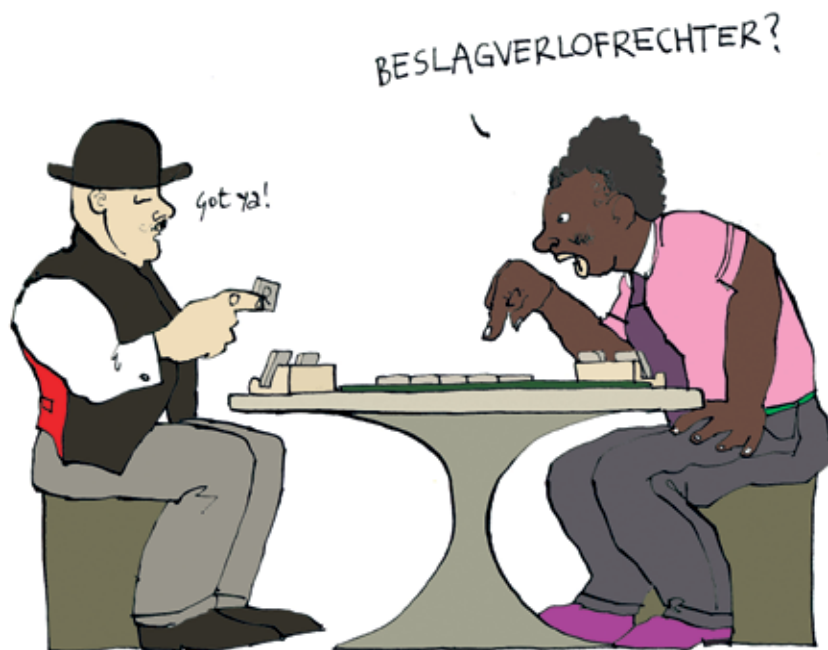
Gedaagde heeft zowel de architect als de aannemer in vrijwaring opgeroepen. De architect beroept zich op onbevoegdheid van de rechtbank, omdat zijn algemene voorwaarden een arbitragebeding bevat. In hoger beroep komt vast te staan dat het geschil met de architect inderdaad aan arbitrage is onderworpen. Het betoog, dat geschillen met de aannemer wel door de overheidsrechter beslecht moeten worden en de goede procesorde en de proceseconomie meebrengen dat één college over de verwante geschillen oordeelt, faalt en zet het arbitragebeding niet opzij. Het Gerechtshof Amsterdam verklaart zich op 15 februari 2011 (LJN: BP5405) ten aanzien van de architect dan ook onbevoegd.

Tot slot achtte de voorzieningenrechter van Rechtbank 's-Gravenhage zich op 13 juli 2011 (LJN: BR1914) bevoegd kennis te nemen van een vordering tot opheffing van een strafrechtelijk beslag, omdat onder de gegeven omstandigheden geoordeeld moest worden dat niet tijdig zou worden beslist op het beklag over de inbeslagname (ex art. 552a Sv).

## Bewijs

### Stelplicht en bewijsaanbod

Een vrouw, wier Mercedes cabriolet zonder haar toestemming was verkocht door haar ex-man, probeerde haar schade te verhalen. Bij het hof ving zij bot, omdat zij onvoldoende had gesteld omtrent de hoogte van haar schade. De Hoge Raad schiet haar te hulp (9 december 2011, LJN: BR5211): zij hoeft alleen de feiten te stellen waaruit kan worden afgeleid dat ze schade heeft geleden; aan die stelplicht heeft ze voldaan. Het hof had niet méér van haar mogen vragen (vgl. ook art. 6:97



BW); het had zelf uitlatingen van partijen over de hoogte van de schade moeten vragen, naar de schadestaatprocedure moeten verwijzen of de schade moeten schatten. Op suggestie van A-G Spier bepaalt de Hoge Raad de schade op 40.000 euro en wijst dat toe aan de vrouw.

In dit kronieksjaar heeft de HR een aantal maal hoven de les gelezen omdat zij te snel een bewijsaanbod hadden gepasseerd. De daaruit voor de praktijk te trekken les is dat een bewijsaanbod niet volledig geconcretiseerd hoeft te zijn (en bijvoorbeeld al de namen van de mogelijke getuigen hoeft te bevatten) wanneer het gaat om het bewijzen van subjectieve bekendheid bij de wederpartij (hier: dat de levenspartner een effectenleaseovereenkomst had gesloten) (HR 28 januari 2011, LJN: BO6106) en dat een bewijsaanbod in appel – wegens de herstelfunctie van het appel – geen verklaring hoeft te bevatten voor het niet in de vorige instantie al laten horen van de getuigen (HR 27 mei 2011, LJN: BP9991). In een andere zaak had het hof het bewijsaanbod om een, in eerste instantie al gehoorde, getuige in appel nogmaals te laten horen wel terecht gepasseerd, zo oordeelt de Hoge Raad op 25 maart 2011 (LJN: BO5804). Wanneer deze getuige inmiddels geen partijgetuige meer is en diens verklaring in appel niet langer beperkte bewijskracht in

de zin van art.164 lid 2 Rv heeft, kan dat in beginsel voldoende processueel belang voor een nieuw verhoor opleveren. Kan deze getuige echter alleen zijn eerdere verklaring herhalen en dus niet méér verklaren dan in eerste instantie, dan is geen sprake van voldoende belang. Annotator M. De Tombe-Grootenhuys (*JBPr* 2011/40) doet de suggestie om, als alternatief voor een (vertragend) nieuw verhoor, in appel een schriftelijke verklaring van deze getuige in het geding te brengen.

Dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet gespecificeerd hoeft te worden (omdat art. 151 lid 2 Rv bepaalt dat tegenbewijs altijd vrij staat), herhaalt de HR op 29 april 2011 (LJN: BP9860). Aangeboden tegenbewijs mag wel worden gepasseerd wanneer de feiten met betrekking waartoe tegenbewijs wordt aangeboden niet voldoende zijn betwist, legt A-G Strikwerda voor HR 22 april 2011 (LJN: BQ2073) uit, onder verwijzing naar HR 3 december 2004 (LJN: AQ8098) en HR 12 september 2003 (LJN: AF7677). Het Gerechtshof Den Haag voegt daaraan toe (26 juli 2011, LJN: BR 3290) dat een tegenbewijsaanbod in appel wel gespecificeerd moet zijn wanneer in eerste instantie al tegenbewijs is geleverd: het aanbod moet dan vermelden wat men in appel meer of anders wil bewijzen.



Een aanbod om schriftelijk bewijs te leveren is niet nodig omdat partijen steeds producties in het geding mogen brengen (vgl. HR 19 maart 1999, NJ 1999/496). Om die reden passeert het Gerechtshof Leeuwarden op 26 april 2011 (LJN: BQ5696) het aanbod van een partij aan het slot van de appelprocedure om alsnog stukken in het geding te brengen, terwijl zij dit eerder heeft nagelaten. Een ander voorbeeld van 'de beurt voorbij laten gaan' is de mededeling in het roljournaal, naar aanleiding van een bewijsopdracht, dat eisers 'zonder afstand te willen doen van het recht getuigen te doen horen, nu geen bewijs wensen te leveren door het horen van getuigen. 'De Rechtbank Rotterdam (21 september 2011, LJN: BT2434) concludeert dat het opgedragen bewijs niet is geleverd en wijst de vordering af.

### **Bewijslast(verdeling)**

Batavus wilde de rechten op een van haar fietsmerken verkopen aan Race en partijen hadden daartoe een intentieverklaring getekend. Nadien zag Race af van de overname en beriep zich op het bestaan en in vervulling zijn gegaan van een ontbindende voorwaarde in de intentieverklaring. Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest van 9 september 2005 (LJN: AT5156) oordeelt de HR (22 april 2011, LJN: BP6597) dat de bewijslast ten aanzien van het vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde op Race rust en vernietigt daarmee de bewijsopdracht van het hof aan Batavus. H.L.G. Wieten legt in haar noot onder *JBP* 2011/42 duidelijk het verschil in bewijslastverdeling tussen opschortende en ontbindende voorwaarden uit. Bij een opschortende voorwaarde moet de schuldeiser stellen en bewijzen dat de voorwaarde is vervuld of dat die niet bestaat. Het beroep van de schuldenaar op het bestaan van een opschortende voorwaarde betreft immers slechts een zuivere betwisting van de grondslag van de vordering. Bij een ontbindende voorwaarde ligt dit anders: het beroep van de schuldenaar op het bestaan en vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde betreft een bevrijdend verweer; stelplicht en bewijslast rusten dus bij de schuldenaar.

Bij een aanrijding op een kruising tussen een Jeep en een Mercedes raakte de bestuurder van de Jeep gewond. Deze bestuurder vorderde schadevergoeding van de Mercedes bestuurder. Hoewel vaststaat dat één van de bestuurders door rood is gereden, kon geen van partijen dit bewijzen en kon het hof niet vaststellen wie dat is geweest. De vervolgens toe te passen methode, zo legt de Hoge Raad (8 juli 2011, LJN: BP6996) uit, is dat de rechter uitgaat van het hypothetische uitgangspunt dat elk van de bestuurders door groen is gereden. Zodoende wordt, zowel in het kader van de door de Jeep-bestuurder te bewijzen onrechtmatigheid, als in het kader van de door de Mercedes-rijder te bewijzen feitelijke grondslag van zijn eigenschuldverweer, bekeken of hun overige verkeersgedrag toerekening aan een van hen wettigt.

Onder dreiging van afsluiting heeft een particulier de (in zijn ogen veel te hoge) energierekening van Essent toch betaald. Vervolgens vordert hij een deel van het betaalde terug op grond van onverschuldigde betaling. Hoewel de hoofdregel van art. 150 Rv bepaalt dat de bewijslast van het bestaan en de hoogte van de onverschuldigde betaling hier op de particulier rust, besluit het Gerechtshof Leeuwarden (8 november 2011, LJN: BU3608) tot omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid. Essent heeft namelijk de meter zelf weggegooid en mede daarom draagt zij de bewijslast (en het risico) dat de betaalde energie daadwerkelijk is geleverd.

### **Bewijsmiddelen**

Een werknemer van het CBR (voormalig docent van alcoholpreventiecurssussen) had met een te hoog alcoholpromillage in zijn bloed een ernstig ongeluk veroorzaakt en, ondanks zijn ziekteverzuim als gevolg daarvan, de toedracht verzwegen aan zijn werkgever. In de ontslagprocedure legde het CBR het proces-verbaal van politie (met daarin de uitslag van de alcoholtest) over, als bewijs voor het onoorbaar handelen van de werknemer. Hoewel de werknemer betoogt dat het CBR op onrechtmatige wijze dit bewijsmiddel heeft verkregen, accepteert de Kantonrechter

Utrecht (1 december 2010, LJN: BP2005) dit als bewijsmiddel, onder verwijzing naar HR 27 april 2001, LJN: AB1347. Door de functie van de werknemer en door zijn eigen verzwijging van de toedracht, had het CBR een gerechtvaardigd belang om het proces-verbaal op te vragen bij de politie.

Art. 153 Rv geeft partijen de mogelijkheid af te spreken om bewijs uit te sluiten, bijvoorbeeld over wat zij in het kader van een mediation hebben besproken. Zodoende wordt voorafgaande aan een mediation vaak een bewijsovereenkomst gesloten, inhoudende dat alleen de inhoud van een (na een geslaagde mediation te sluiten) vaststellingsovereenkomst tot bewijs kan dienen. In een geschil over de waarde van een huis tussen een huiseigenaar en de inspecteur van de Belastingdienst had mediation niet tot overeenstemming geleid. In de civiele procedure wilde de huiseigenaar de inspecteur houden aan een tijdens de mediation gedane toezegging. De bewijsovereenkomst tot uitsluiting van al hetgeen tijdens de mediation was besproken verhinderde dit, oordeelt de Rechtbank Den Haag in haar beslissing van 29 januari 2011 (LJN: BQ6155).

In een bestuurdersaansprakelijkheidszaak spreekt de curator van een failliet beleggingsvehikel de bestuurder aan voor het faillissementstekort. Deze bestuurder is door zowel rechtbank als hof strafrechtelijk veroordeeld wegens oplichting. Nu het cassatieberoep in de strafzaak nog loopt komt aan de hofuitspraak geen dwingende bewijskracht toe (in de zin van art. 161 Rv), maar heeft de uitspraak wel vrije bewijskracht (art. 152 Rv). De verweren van de bestuurder zijn zo mager, dat de Rechtbank Utrecht (4 mei 2011, LJN: BQ2579) op basis van de uitspraak in de strafzaak bewezen acht dat hij beleidsbepaler is geweest in het beleggingsvehikel en daarom als bestuurder aansprakelijk is.

Het Gerechtshof Den Bosch oordeelt dat de hoofdregel dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet gespecificeerd hoeft te zijn, ook geldt bij feiten die bewezen zijn verklaard in een strafvonnis



We gaan uit van het hypothetische geval dat er geen sprake was van insluiping. Nu kunnen we niet anders dan concluderen dat bewoner het slachtoffer zonder goede reden heeft aangevallen. De zaak is duidelijk!

(met dwingende bewijskracht) (8 november 2011, LJN: BU3982). Ook de eisen van een goede procesorde staan er niet aan in de weg dat de gedaagde tegenbewijs mag leveren tegen het door de strafrechter bevozen geachte feit dat hij eisers heeft beschoten.

### Getuigenbewijs

Twee uitspraken over de vraag of de Nederlandse rechter verplicht is om in het buitenland wonende getuigen te laten horen door een rogatoire commissie in hun eigen land. Allereerst de Rechtbank Almelo (22 juni 2011, LJN: BQ9130) die het verzoek afwijst om getuigen door een rogatoire commissie in de staat New York, Duitsland en Zuid-Afrika te laten horen. Dit om de praktische reden dat nagenoeg alle getuigen bestuurders zijn geweest van een Nederlandse rechtspersoon en de verzoeker tot het getuigenverhoor onvoldoende pogingen heeft gedaan om de getuigen te bewegen in Nederland een verklaring af te leggen. De rechtbank overweegt daartoe dat zij op grond van art. 176 Rv en het Haags Bewijsverdrag bevoegd is deze getuigen gewoon in Nederland op te roepen en aan hun eventuele niet-verschijning de in het Nederlands recht voorziene consequenties te verbinden.

De verhouding tussen het Nederlands recht en de (sinds 1 januari 2004 van kracht zijnde) EU-Bewijsverordening staat centraal in HR 1 april 2011 (LJN: BP3048). Al-

thans, de HR legt daarin een prejudiciële vraag voor aan het Hof van Justitie van de Europese Unie of de Nederlandse rechter kan bepalen dat een getuige met woonplaats in de EU (maar uiteraard buiten Nederland) in Nederland zal worden gehoord, dan wel of de EU-Bewijsverordening de Nederlandse rechter verplicht tot een verhoor op een wijze die is voorzien in de verordening, te weten in het land waar de getuige woont. Wordt vervolgd.

### Voorlopig getuigenverhoor

Zoals bekend heeft de rechter slechts beperkte ruimte om een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor te weigeren. Wanneer de te onderzoeken feiten voldoende concreet zijn (de 'specificatie-eis,' zie HR 11 januari 1985, NJ 1985/352) en bovendien relevant zijn voor het geschil (de 'relevantie-eis,' zie art. 189 jo. 166 lid 1 Rv), kan het verzoek alleen geweigerd worden wegens gebrek aan belang, misbruik van bevoegdheid, strijd met goede procesorde of een ander zwaarwichtig belang. We noemen niet de vele uitspraken uit het verslagjaar waarin het belang van de verzoeker bij het gewenste voorlopig getuigenverhoor ter discussie was gesteld door zijn wederpartij; die zijn daarvoor veelal te casuïstisch. Wel noemen we HR 2 december 2011 (LJN: BU6545) waarin hij oordeelt dat een Nederlandse rechter een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor mag beoordelen, ook al strekt dat verzoek tot bewijsgaring in een geschil waarin (op

grond van art. 1 EEX-Vo) een rechter in een andere lidstaat bevoegd is. Wanneer het namelijk om bewijsgaring gaat (en niet om het inschatten van proceskansen) betreft het verzoek (lees: tot het veiligstellen van bewijs) een 'voorlopige of bewarende maatregel' en valt daarom onder de internationale rechtsmacht van art. 31 EEX-Vo.

Een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor moet de naam en de woonplaats van de te horen getuigen bevatten (art. 187 lid 3 Rv). Het ontbreken van de woonplaats maakt het verzoek echter niet nietig en kan worden hersteld, zo bepaalt het Gerechtshof Arnhem (25 januari 2011, LJN: BP3639).

Is het verzoek toegewezen, dan bepaalt de rechter-commissaris de gang van zaken (art. 179 Rv). Toch heeft de rechter-commissaris slechts beperkte mogelijkheden tot begrenzing van het verhoor (bijv. in het aantal en de personen van de te horen getuigen en de aan hen te stellen vragen). Het codewoord is hier 'de goede procesorde' (zie ook HR 18 maart 2011, LJN: BP0571). Alleen wanneer die in het geding is mag de rechter-commissaris ingrijpen! Zo oordeelt de HR op 16 december 2011 (LJN: BU3922) dat niet zomaar een deel van de aangedragen contra-getuigen geweigerd mocht worden. De contra-enquête, waarin een partij de mogelijkheid krijgt tegenbewijs aan te brengen, strekt zich ook uit tot het ontzenuwen van reeds in het voorlopig getuigenverhoor afgeleg-

de verklaringen. Die gelegenheid moet de verwerende partij dus krijgen. Overigens bevestigt de HR hier dat een beslissing van de rechter-commissaris tot weigering van bepaalde getuigen een beschikking is waartegen hoger beroep openstaat.

Tijdens het voorlopig getuigenverhoor heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid om te bepalen dat een getuige zekere vragen van een partij niet hoeft te beantwoorden (art. 179 lid 2 Rv). Hij heeft immers de leiding ter zitting en zal er bijvoorbeeld voor waken dat getuigen antwoorden op onbehoorlijke of suggestieve vragen. Tegen het uitoefenen van deze bevoegdheid (als weergegeven in het proces-verbaal van het verhoor) staat geen hoger beroep open, oordeelt het Gerechtshof Amsterdam op 10 april 2011 (LJN: BQ3868).

Na afloop van het verhoor vroeg een getuige tevergeefs om een afschrift van het proces-verbaal van zijn verhoor. In het vervolgens ingestelde verzet ex art. 28 lid 6 Rv oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht (5 oktober 2011, LJN: BT8496) dat deze getuige daar geen recht op heeft; hij is een 'derde' en art. 28 lid 3 Rv bepaalt dat hem geen afschrift van 'tot het procesdossier behorende stukken' wordt verstrekt; het feit dat het proces-verbaal hem een schadeloosstelling toekent (art. 182 Rv) maakt dit niet anders.

### Deskundigenbericht

Het staat een rechter vrij een deskundigenoordeel al dan niet te volgen. Bij de motivering van zijn beslissing moet hij weliswaar alle in dat kader door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang toetsen of aanleiding bestaat van de door de deskundige geformuleerde conclusies af te wijken (vgl. HR 19 oktober 2007, LJN: BB5172), maar toch geldt slechts een beperkte motiveringsplicht (HR 19 februari 2010, LJN: BK4476). Dit is ook het geval als er meerdere – onderling afwijkende – deskundigenrapporten ter tafel liggen, van zowel door de rechter benoemde deskundigen als partij-deskundigen (in de zin van art. 200 Rv). In de zaak die leidde tot HR 8 juli 2011 (LJN: BQ3519) had-

den diverse deskundigen onderzocht of de klachten van een laborante waren veroorzaakt door een slecht afzuigstelsel waardoor zij tijdens haar werk schadelijke stoffen had ingeademd. Het hof had de bevestigende conclusie van een door de rechter benoemde deskundige gevolgd. Naar aanleiding van de motiveringsklachten van de werkgever oordeelt de HR dat de rechter die de benoemde deskundige volgt, zijn beslissing in het algemeen niet verder hoeft te motiveren dan dat de door deze deskundige gebezigde motivering – zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie – hem overtuigend voorkomt. De tip voor de praktijk blijft echter om, wanneer u geconfronteerd wordt met een voor u ongunstig rapport van een door de rechter benoemde deskundige, daartegen zo specifiek mogelijke bezwaren in te dienen. Onder verwijzing naar HR 5 december 2003 (LJN: AN8478) oordeelt de HR namelijk dat de rechter wel op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moet ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting van de juistheid van deze zienswijze inhouden. Exact dezelfde overwegingen gebruikt de Hoge Raad op 9 december 2011 (LJN: BT2921), in een medische aansprakelijkheidszaak over een baby die zwaar gehandicapt was geraakt door een zeer lage bloedsuikerspiegel na zijn geboorte. Deze was door de kinderarts niet goed behandeld, althans gemonitord. Ook hier had het hof de benoemde deskundigen gevolgd en niet de door de ouders geraadpleegde partijdeskundigen. De motivering van het hof doorstond ook hier de toets van de HR.

### Voorlopig deskundigenbericht

Hoewel een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht moet worden toegewezen wanneer dat aan de daartoe gestelde eisen voldoet en er een rechtens te respecteren belang mee gediend is, wijst het Gerechtshof Amsterdam toch een verzoek af (31 mei 2011, LJN: BR1244). De in het verzoek omschreven aan de deskundige voor te leggen vraag vergde namelijk in essentie een juridische beoordeling van

een overeenkomst. En daarvoor heeft de rechter geen deskundige nodig.

In het op verzoek van een patiënt van een oogkliniek gelast voorlopig deskundigenonderzoek had de hooggeleerde deskundige geconcludeerd dat de oogkliniek bij een laserbehandeling fouten had gemaakt, waardoor een oog van de patiënt was beschadigd. Ondanks de duidelijke en strenge bevindingen van de deskundige had de rechtbank de patiënt toch veroordeeld tot betaling van de kosten van het voorlopige deskundigenbericht. De patiënt ging met succes in appel. Het Gerechtshof Amsterdam (25 januari 2011, LJN: BP6438) acht zozeer aannemelijk dat de oogkliniek in een bodemprocedure aansprakelijk zal worden bevonden, dat het alvast de oogkliniek veroordeelt in de kosten van het deskundigenbericht.

## Dagvaarding

In de vorige kroniek maakten wij melding van het bevel van Rechtbank Arnhem tot herstel van de dagvaarding zonder het – geheime – adres van eisers met het oog op het verhaal van een eventuele proceskostenveroordeling (LJN: BO6162). Eisers hebben vervolgens een herstelexploot uitgebracht, nog steeds zonder bekendmaking van hun adres, maar met een rechtstreekse garantstelling van hun rechtsbijstandsverzekeraar voor betaling van de geliquideerde proceskosten, mochten eisers daarin veroordeeld worden. De rechtbank oordeelt op 16 februari 2011 (LJN: BP6123) dat eisers hiermee inhoudelijk tegemoetkomen aan het belang van gedaagde dat door het gebrek in de dagvaarding werd geschaad, zodat inhoudelijk voortgeprocedeerd kan worden.

In zijn arresten van 11 november 2011 (LJN: BT7201/7203) oordeelt de HR dat een dagvaarding, waarin een datum is aangezegd waarop de rechter geen zitting houdt, kan worden hersteld op de voet van art. 125 lid 4 Rv, mits dat herstelexploot vóór de oorspronkelijk aangezegde, maar onmogelijke, verschijndag is uitgebracht. Dit is, als bekend, anders wanneer een partij op de voet van art. 125 lid 4 Rv herstel beoogt van haar verzuim de dagvaarding tijdig

*U mag het wetenschap  
noemen, mijnheer de professor,  
ik leg het naast mijneer.*

voor de aangezegde – bestaande – rechtsdag bij de griffie in te dienen. Dat herstel kan immers pas ná de aangezegde rechtsdag plaatsvinden.

In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 maart 2011 (LJN: BP8142) had appellant zowel in zijn appeldagvaarding als in het nadien uitgebrachte herstelexploot verzuimd correct te vermelden dat het hoger beroep zou worden aangebracht bij en behandeld door Hof 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch. Deze gebreken worden door art. 120 lid 1 Rv met nietigheid bedreigd, waarop de in het geding verschenen geïntimeerde zich ook beroept. Hof 's-Hertogenbosch verwerpt dit beroep echter, omdat hij van oordeel is dat geïntimeerde door de gebreken niet onredelijk in zijn belangen is geschaad

(vgl. art. 122 lid 1 jo. 353 lid 1 Rv). Volgt verwijzing naar Hof 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch (vgl. art. 73 Rv).

Aan de verkoper, die in een notariële akte tot levering van aandelen in een besloten vennootschap domicilie heeft gekozen ten kantore van de notaris 'ter zake van de uitvoering van deze overeenkomst,' kan volgens de Rechtbank 's-Hertogenbosch in haar beslissing van 14 september 2011 (LJN: BS8751) naderhand bij de notaris een dagvaarding worden uitgebracht ter inleiding van de procedure waarin de koper vernietiging van de koopovereenkomst vordert wegens door de verkoper gepleegd bedrog.



(advertentie)

*Draagkrachtberekening,  
co-ouderschop,  
vermogensopstelling en  
de berekening van  
het besteedbaar inkomen  
na scheiding. Alles ineen,  
klik, klik, klaar.*

**Alimentatierekenen is ècht  
makkelijker met Split-Online!**

Veel advocaten hebben Split-Online omarmd als hún pakket. Ze willen nooit meer iets anders! Probeer nu zelf het meest gebruiksvriendelijke

en uitgebreide alimentatieberekenprogramma. U kunt Split-Online.nl nu gratis testen. Ga snel naar [www.split-online.nl](http://www.split-online.nl) en registreer u vandaag!

**Split-Online.nl: ook voor praktijkgerichte en voordelige (PE)opleidingen!**

Split Online is een uitgave van XS2Knowledge B.V. Voor meer informatie kijkt u op de website: [www.split-online.nl](http://www.split-online.nl). Ook kunt u bellen naar 088 - 61 61 261 of stuur een e-mail naar: [sales@split-online.nl](mailto:sales@split-online.nl).

