

Kroniek Burgerlijk Procesrecht



INHOUD

*Algemene beginselen: Aanvulling van rechtsgronden en feitelijke grondslag » Hoor en wederhoor »
Varia » Arbitrage en bindend advies » Beslag » Bevoegdheid » Bewijs: Stelplicht en bewijsaanbod »
Bewijslast(verdeling) » Bewijsmiddelen » Getuigenbewijs » Voorlopig getuigenverhoor » Dagvaarding »
Executie: Executiegeschil/misbruik van (proces)recht » Executiegeschil en kantonrechter » Dwangsom »
Exequatur » Exhibitieplicht » Herroeping » Hoger beroep: Appeltermijn/beroepstermijn » Devolutieve werking
» Tussentijds appel » Nova in appel » Schorsing van de tenuitvoerlegging (art. 351 Rv) » Varia » Incidenten:
Hervatting » Voeging en tussenkomst » Vrijwaring » Kort geding » Kosten: Buitengerechtelijke incassokosten
» Griffierecht » Proceskosten » Partijperikelen » Pleidooi » Schadestaatprocedure » Uitspraak: Prejudiciële
vragen aan de Hoge Raad » Artikelen 31 en 32 Rv » Verstek/verzet » Wijziging van eis » Wraking*

Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2012 zijn geweest en van oudere uitspraken die niet in vorige kronieken zijn vermeld.¹



Robert Hendrikse, Leonie Rammeloo,
Marianne Valk en Hans Vestjens²

Algemene beginselen

Aanvulling van rechtsgronden en feitelijke grondslag

In HR 24 februari 2012 (BV0472) zet hij helder uiteen dat het voor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de rechter noodzakelijk en ook voldoende is dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan haar vordering ten grondslag legt dat deze de toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond. De feitelijke stellingen mogen daarbij eventueel in onderling verband en samenhang worden gezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering.

Hoor en wederhoor

In de zaak die leidde tot HR 16 november 2012 (BX5573) was in eerste aanleg op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming door de rechtbank een ontheffing uit het ouderlijk gezag uitgesproken. Van die beslissing was de moeder in hoger beroep gekomen. Tijdens de behandeling in hoger beroep verscheen alleen de raad; de overige vijf belanghebbenden verschenen niet, maar waren volgens het hof wel behoorlijk opgeroepen (overeenkomstig art. 271 Rv bij gewone brief door de griffie). De moeder beklagt zich er in cassatie over dat het hof ten onrechte zonder meer had aangenomen dat zij en haar advocaat behoorlijk waren opgeroepen. De A-G heeft ambtshalve de oproepingsbrieven opgevraagd en meende dat de oproeping door de beugel kon. De Hoge Raad overweegt dat (inderdaad) de oproeping per brief in beginsel volstaat. Gelet op het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor zal volgens hem de rechter echter nader onderzoek naar de ontvangst moeten doen en de zitting eventueel moeten verplaatsen als er – zoals hier – sprake is van feiten en omstandigheden op grond waarvan redelijkerwijs twijfel kan bestaan of de oproeping wel is ontvangen.

Verder brengt het beginsel van hoor en wederhoor (natuurlijk) mee dat als de appelrechter ambtshalve een proces-verbaal van een mondelinge behandeling in eerste aanleg opvraagt, hij wel zal moeten nagaan of partijen daar ook een afschrift van heb-

ben ontvangen en of dit eventueel alsnog moet gebeuren (zie HR 9 november 2012, BX5882). Dit is slechts anders indien het gegevens of bescheiden betreft waarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat zij van enig belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.

Varia

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat geen bepaling die voorschrijft in welke taal voor de Nederlandse rechter moet worden geprocedeerd. Volgens de Rechtbank Utrecht (19 december 2012, BY7457) brengen de in art. 6 EVRM neergelegde beginselen van een eerlijk proces en openbare behandeling echter mee dat dit in een procedure voor de Nederlandse rechter de Nederlandse taal moet zijn, waarbij zij aantekent dat het gebruik van de Friese taal ook kan zijn toegelaten (zie de Wet gebruik Friese taal in het rechtsverkeer). Het één en ander sluit niet uit dat er in een procedure gebruik wordt gemaakt van producties of andere stukken (citatens uit buitenlandse literatuur of jurisprudentie) die in een andere taal zijn opgesteld. Van dergelijke stukken moet een partij volgens de rechtbank uit zichzelf een vertaling aanleveren, indien te verwachten is dat de wederpartij (en de rechter) die stukken zonder vertaling niet begrijpt en op waarde kan schatten. Een vergelijkbaar uitgangspunt kent art. 1.1.7 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures familiezaken gerechts-

¹ Specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie worden buiten beschouwing gelaten. Als een uitspraak op www.rechtspraak.nl is gepubliceerd, wordt alleen het Landelijk Jurisprudentie Nummer (LJN) vermeld. De verschillende gerechten worden genoemd zoals deze tot voor de inwerking-treding van de Wet herziening gerechtelijk kaart op 1 januari 2013 werden aangeduid.

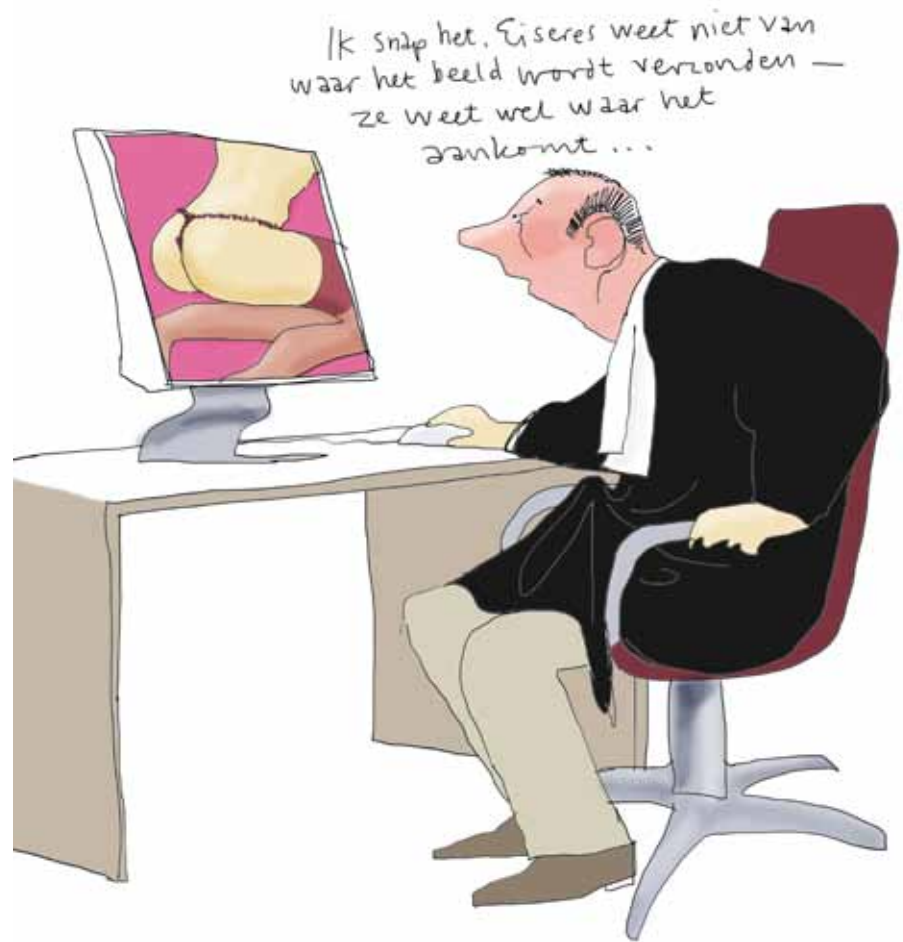
² Allen werkzaam bij Van Doorne NV. Leonie Rammeloo is tevens redactielid van dit blad.

hoven (per 2 april 2013; art. 1.1.11). Daarover leert HR 28 september 2012 (BW7473) dat het verstandig is aan te bieden alsnog een vertaling van een productie in het geding te brengen, indien de rechter tijdens een mondelinge behandeling aangeeft deze productie vanwege het ontbreken van een vertaling niet in zijn beoordeling te kunnen betrekken.

Partijen kunnen op grond van de tweede volzin van art. 22 Rv een bevel van de rechter om bepaalde stukken over te leggen weigeren indien daarvoor gewichtige redenen bestaan. Naar analogie van die bepaling bepaalt de Haagse voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 13 september 2012 (BX7357) dat aan een tussenkommende partij geen vertrouwelijke producties behoeven te worden verstrekt. En wie zich op stukken beroept, moet deze – ook als het confraternele correspondentie betreft waarvoor toestemming is vereist – zelf in het geding brengen en mag er niet op rekenen dat hij daartoe later nog gelegenheid krijgt (zie HR 9 maart 2012, BU9204).

Arbitrage en bindend advies

In de vorige kroniek (*Advocatenblad* 2012-8 en 9) kwamen de moeilijkheden tot inbedding van e-Court in het bestaande systeem aan de orde. Rechtbanken accepteerden, naar aanleiding van exequaturverzoeken voor e-Court-beslissingen, niet de vastlegging van deze beslissingen in notariële akten en (aanvankelijk) evenmin in arbitrale vonnissen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo verleent op 5 maart 2012 (BV8413) verlof



tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis van e-Court, omdat hij van oordeel is dat de consument, hier gedaagde, had ingestemd met het arbitrale beding. Onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad uit 2003 (AF 0136) overweegt de voorzieningenrechter daartoe dat een arbitraal beding, dat deel uitmaakt van tussen partijen geldende algemene voorwaarden, niet uitdrukkelijk hoeft te worden aanvaard en dat de consument door aanvaarding van de gewijzigde algemene voorwaarden ook het daarin staande arbitraal beding heeft aanvaard, op een moment dat tussen partijen nog niet reeds van een geschil sprake was. In *TvA* 2013/3 bespreekt H.W. Wefers Bettink deze uitspraak in breder verband.

Overigens oordeelt de Hoge Raad op 21 september 2012 (BW6135) dat het enkele feit dat algemene voorwaarden een arbitragebeding bevatten niet zonder meer als onredelijk bezwarend (in de zin van art. 6:236 BW) kan worden aangemerkt, noch op grond van art. 6:237 BW wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Dat sluit niet uit dat elke rechter, die een arbitragebeding krijgt voorgelegd, mag oordelen dat het vernietigbaar is, mits hij bij dat oordeel de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de

voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval betreft, terwijl stelplicht en bewijslast van het onredelijk bezwarend karakter in beginsel op de consument rusten.

Opvallend veel Nederlandse rechters moeten zich, meestal in het kader van exequaturprocedures, buigen over Russische arbitrale vonnissen. Vaak speelt de vraag of het arbitrale vonnis correct tot stand is gekomen, danwel of de in Rusland al gevoerde vernietigingsprocedure onze – kritische – toets kan doorstaan. Rusland is te ver van het bed voor het Hof Amsterdam (18 september 2012, BY5010), dat daarom deskundige voorlichting wenst over Russisch recht. In een andere zaak staat hetzelfde hof (16 oktober 2012, BZ0138) appel tegen een afgegeven exequatur voor een Russisch arbitraal vonnis toe, omdat het exequaturverzoek was ingestoken op de Nederlandse regel van art. 1076 Rv (en dus niet op het Verdrag van New York en art. 1075 Rv, in welk geval een appelverbod geldt, zoals de Hoge Raad op 25 juni 2010 al bepaalde, BM1679). Bovendien is het restitutierisico bij de ‘winnaar’ van het arbitrale vonnis zo aannemelijk dat het hof ook het incidentele verzoek tot schorsing van dit exequatur toewijst.

Herroeping van een arbitraal vonnis in de zin van art. 1068 Rv kan naast de vernietiging van een arbitraal vonnis (in de zin van art. 1065 Rv) worden gevorderd, aldus Hof Arnhem op 8 mei 2012 (BW7582). Voor herroeping is steeds bedrog nodig. Bij de toets of sprake is van bedrog in de zin van art. 1068 Rv komt aan deze term de ruime betekenis uit art. 382 aanhef en onder a Rv toe. Zodoende kan ook verzwijging of een oneerlijke proceshouding bedrog opleveren. Het hof overweegt verder dat de wettelijke eis dat het arbitrale vonnis geheel of gedeeltelijk op bedrog berust niet betekent dat vast moet komen te staan dat het gestelde bedrog tot een andere uitspraak zou hebben geleid dan het scheidsgerecht heeft gegeven, maar dat voldoende is dat het scheidsgerecht bij kennis van de ware stand van zaken tot een andere beslissing zou hebben kunnen komen.

Zonder ons al te zeer op aansprakelijkheidsterrein te begeven, noemen we HR 15 juni 2012 (BW0727), waarin is bepaald dat een bindend advies eerst moet zijn vernietigd op grond van art. 7:904 lid 1 BW, voordat een partij de bindend adviseur kan aanspreken wegens tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht om bindend te adviseren. Overigens hanteert de Hoge Raad eenzelfde terughoudende benadering voor bindend adviseurs als hij eerder (op 4 december 2009, LJN: BJ7834) deed voor de aansprakelijkheid van arbiters. P.E. Ernste (in *Trema* 2013/1) parafraseert de toets van de Hoge Raad als volgt: én vernietiging op grond van art. 7:904 lid 1 BW én een handelwijze van de bindend adviseur die opzettelijk is, bewust roekeloos is of met kennelijke grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

Beslag

In de kroniek van vorig jaar (*Advocatenblad* 2012-8 en 9) bespraken wij een aantal uitspraken waarin opstellers van beslagrekes ten het niet zo nauw hadden genomen met de in zowel art. 21 Rv als de Beslagsyllabus vervatte verplichting om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. De niet-naleving van dit voorschrift leidde in die gevallen tot weigering van het verlov of opheffing van het

beslag. Dat zien we ook in dit kroniekjaar. Zo heft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem (16 januari 2012, BV3921) een conservatoir beslag op nadat bleek dat de roerende zaken waarvoor beslagverlof was verleend in afwijking van het gestelde in het beslagrekest wel degelijk handelsvoorraden bleken te zijn, en aanvaardt het Amsterdamse hof (10 januari 2012, BV0477) niet dat een verzoekende partij had nagelaten melding te maken van een eerdere procedure tussen partijen en de afloop daarvan. Advocaten van beslagen moeten zich echter niet te snel rijk rekenen omdat niet elke omissie wordt afgestraft. Zo oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam op 3 juli 2012 (BX1655) bijvoorbeeld dat het verzuim van verzoeker om te vermelden dat een eerder verzoek was ingediend bij de Utrechtse voorzieningenrechter en dat bij de rechtbank aldaar reeds een bodemprocedure aanhangig was, niet dermate groot was dat reeds op deze grond het beslag kon worden opgeheven. Het blijft kortom maatwerk.

In de rechtspraak en literatuur wordt verschillend geoordeeld over de vraag of het leggen van bewijsbeslag in niet-IE-zaken mogelijk is. De Beslagsyllabus vermeldt in dit verband dat het Landelijk overleg van de voorzitters van de sectoren civiel en kanton van de rechtbanken het oordeel over deze vraag aan de rechtspraak overlaat, in de hoop dat de Hoge Raad daarover op korte termijn uitsluit zal geven. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam (4 december 2012, BY6220) heeft de handschoen inmiddels opgepakt door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Zie over deze per 1 juli 2012 geldende nieuwe mogelijkheid ook hierna onder het kopje Uitspraak sub Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

In de zaak die leidde tot HR 15 juni 2012 (BW1726) was veiling De Kerseboom een bedrag van ruim 2 miljoen gulden verschuldigd aan Agri, een in Polen gevestigde onderneming. De veiling maakte dit bedrag in drie tranches over vanaf haar Rabobank rekening naar een op naam van Agri staande bankrekening in Polen. Agri heeft haar bank vervolgens opdracht gegeven dit bedrag terug te storten op de bankrekening van de veiling. Inmiddels had de ontvanger van de Belastingdienst exe-

curtoriaal derdenbeslag gelegd onder de veiling ten laste van Agri omdat laatstgenoemde belastingschulden in Nederland had openstaan. Om te voorkomen dat het door Agri teruggestorte saldo zou worden bijgeschreven op de bankrekening van de veiling (naar eigen zeggen wegens 'onbekendheid met de gevolgen van het derdenbeslag'), heeft de veiling deze rekening laten blokkeren, waarna de Rabobank de gelden heeft geadministreerd op een zogenoemde verschillenrekening op naam van de Rabobank. Enkele dagen later legt de ontvanger opnieuw derdenbeslag onder de veiling ten laste van Agri. Een halfuur na de betekening van dit beslag geeft de veiling een opdracht aan de Rabobank om het geld over te boeken naar de bankrekening van Agri bij de Rabobank. In de daaropvolgende verklaringsprocedure tussen de ontvanger en de veiling oordeelt de Hoge Raad dat de gelden zijn getroffen door het tweede derdenbeslag van de ontvanger aangezien de veiling als derde macht over de gelden kon uitoefenen. Het was immers de veiling die de uiteindelijke bestemming aan de gelden gaf. Dat de gelden niet waren bijgeschreven op de geblokkeerde rekening van de veiling was dus niet relevant.

Bevoegdheid

Oordeelde HvJ EG op 25 oktober 2011 over de uitleg van de bevoegdheidsregel van art. 5 aanhef en onder 3 EEX-Vo in zaken van inbreuk op een persoonlijkheidsrecht (zie de kroniek van 2011, Deel I, *Advocatenblad*, 2011-12), op 19 april 2012 doet HvJ EG (zaaknummer C-523/10) uitspraak ten aanzien van merkenrechten. Het oordeelt dat in zaken van merkinbreuk op grond van art. 5 aanhef en onder 3 EEX-Vo de merkhouders zich dient te wenden tot de rechter van de lidstaat waar het merk is ingeschreven danwel de rechter van de lidstaat van de plaats waar de (inbreukmakende) adverteerder is gevestigd.

Eveneens voortbouwend op het hiervoor genoemde arrest van 25 oktober 2011, is het HvJ EG-arrest van 15 maart 2012 (C-292/10).³ Daarin lagen prejudi-

³ Ook gepubliceerd in *NIJ* 2012/286, met heldere noot van M.V. Polak.

ciële vragen van de Duitse rechter voor in verband met de volgende casus. Op een website met Duitse extensie werden zonder haar instemming naaktfoto's van de Duitse eiseres getoond. Via internet achterhaalde adressen van de websitebeheerder in Duitsland en Nederland bleken niet te kloppen en ook onbekend was waar de server zich bevond waarop de website stond opgeslagen. Het HvJ EG oordeelt dat bevoegdheid kan worden gebaseerd op art. 5 aanhef en onder 3 EEX-Vo in deze situatie waarbij verweerder vermoedelijk burger van de Unie is, maar op onbekende plaats verblijft en de rechter onvoldoende aanwijzingen heeft die de conclusie wet- tigen dat verweerder daadwerkelijk in een derde staat woonplaats heeft.

Op 25 oktober 2012 bakent HvJ EG (BY2177)⁴ de reikwijdte van art. 5 onder 3 EEX-Vo – bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad – weer wat duidelijker af. Ook bij een vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring van recht, namelijk dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ontbreekt, kan deze bevoegdheidsregel worden toegepast.

De partij die zich bij de overheidsrechter bij wijze van verweer op verrekening beroept, ziet, wanneer die tegenvordering is gegrond op een overeenkomst met een arbitragebeding, zijn beroep op verrekening gepasseerd, omdat daarvoor een inhoudelijk oordeel over die vordering nodig is. Vanwege het arbitragebeding is de overheidsrechter terzake onbevoegd (Hof Leeuwarden, 1 mei 2012, BP7439).

Het bestuur van een vennootschap wordt uitgeoefend ten kantore van de vennootschap (plaats van vestiging), omdat bestuursbesluiten daar effect sorteren. Het afgeven van het bestuursdossier, als onderdeel van de bestuurszaak, is (dan ook) een verbintenis die ten kantore van de vennootschap moet worden uitgevoerd. Om die reden kan ex art. 5 aanhef en lid 1 sub a EEX-Vo de in Spanje woonachtige voormalig statutair bestuurder van een Nederlandse vennootschap voor de Nederlandse rechter worden gedagvaard tot afgifte van het bestuursdossier (Hof

Amsterdam, 22 november 2011, JOR 2012, 174).

Een forumkeuzebeding in een contract dat een buitenlandse rechter bij uitsluiting bevoegd verklaart tot kennisneming van een geschil, ontnemt aan de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid (derogerende werking, art. 8 lid 2 Rv), óók wanneer de door de forumkeuze aangewezen rechter zonder die forumkeuze toch al bevoegd zou zijn geweest (HR 9 november 2012, BX0331).

Bewijs

Stelplicht en bewijsaanbod

Stelplicht gaat aan bewijslevering vooraf, zo legt A-G Rank-Berenschot uit in haar conclusies voor HR 6 januari 2012 (BT8641) en 10 februari 2012 (BU5620). Als een partij te weinig stelt, komt hij niet toe aan bewijslevering, al is zijn bewijsaanbod nog zo sterk. Maar wanneer is voldaan aan de stelplicht? Asser legt (in TCR 2012/4) uit dat stellen een door het materiële recht bepaald begrip is. Immers, een partij die zich op rechtsgevolgen beroept om haar recht te krijgen, moet de feiten stellen waaruit die rechtsgevolgen voortvloeien. En soms moet hij nadere feiten stellen, naar aanleiding van verweer van de wederpartij. Uiteindelijk bepaalt de rechter aan de hand van de uitleg van de toepasselijke rechtsregel of voldaan is aan de stelplicht. Dat oordeel raakt dus de kern van de zaak. Let wel, dit betreft rechtstoepassing en geen waarheidsvinding. Waarheidsvinding speelt pas wanneer de stellende partij wordt toegelaten tot bewijslevering, op basis van diens bewijsaanbod.

Ook dit kroniekjaar weer enige uitspraken over het aanbieden van tegenbewijs. Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs hoeft niet gespecificeerd te zijn. De Hoge Raad herhaalt deze hoofdregel op 3 februari 2012 (BU7245). In deze zaak betwistte een huurder de door zijn verhuurder, aan de hand van vele onsmakelijke details (waaronder een kakkerlakkenplaag), gestelde overlast in het studentencomplex. Zijn bewijsaanbod ter zake van de betwisting hoeft hij niet te specificeren. Dat hoeft evenmin in appel, omdat de huurder in eerste instantie had afgezien van contra-enquête en in appel

dus voor het eerst getuigenbewijs aanbod. Ook hoeft de huurder (onder verwijzing naar HR 27 mei 2011, BP9991) niet uit te leggen waarom hij niet eerder bewijs had aangeboden. Let wel, zou de huurder in eerste instantie wel getuigen hebben gehoord, dan zou zijn hernieuwde bewijsaanbod in appel zijn aangemerkt als 'aanvullend tegenbewijs' en had dit aanbod wél gespecificeerd moeten zijn (zie ook Hof Amsterdam 26 februari 2012, BZ5005 en de in de kroniek 2011 genoemde arresten, *Advocatenblad*, 2011-12 en 13). Dezelfde redenering hanteert de Hoge Raad onder andere op 29 juni 2012 (BW1981), waardoor de gedaagde zijn betwisting van de door eiser bepleite uitleg van een contractuele bepaling in appel alsnog mocht bewijzen, na een daartoe strekkend bewijsaanbod. Volstaat de gedaagde met een blote ontkenning van de beweerdelijke uitleg (zonder enig bewijsaanbod ter zake van zijn betwisting) dan hoeft hij niet te worden toegelaten tot levering van tegenbewijs, aldus Hof Amsterdam (1 mei 2012, BW4793).

Vaste rechtspraak is dat een aanbod tot het leveren van bewijs door het overleggen van stukken niet nodig is, omdat partijen altijd producties in het geding mogen brengen. Rechter mogen zo'n bewijsaanbod dus steeds passeren. Dit wordt niet anders wanneer een partij aanbiedt om bewijs te leveren door overlegging van confraternele correspondentie (in de zin van Gedragsregel 12). De civiele rechter heeft geen boodschap aan deze gedragsregel, zo overweegt de Hoge Raad op 9 maart 2012 (BU9204). Wanneer een advocaat confraternele correspondentie wil overleggen, moet hij daar zelf toe overgaan en daartoe tijdig toestemming vragen van de wederpartij of advies van de deken inwinnen. Hiermee wachten tot de rechter een bewijsopdracht geeft – wat de rechter dus waarschijnlijk niet gaat doen – is niet verstandig. (Zie ook hiervoor onder Algemene beginselen.)

Bewijslast(verdeling)

In een werkgeversaansprakelijkheidszaak tussen de erven van een schilder en diens voormalige werkgever gaat het om de vraag of de nierbekkenkanker van de schilder is veroorzaakt door blootstelling aan giftige stoffen tijdens zijn dienstverband.

⁴ Zie ook *NJ* 2013/80, met lezenswaardige noot van L. Strikwerda (A-G bij HR).



Hof Arnhem (27 maart 2012, BW0025) onderscheidt, met creatieve lezing van HR-jurisprudentie (zoals Havermans/Luyckx, NJ 2006/354), drie fasen in de bewijsoverlevering van het causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsschade. De eerste fase is die waarin de werknemer dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Pas wanneer de werknemer over deze drempel heen is, is het in de tweede fase aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bij gebreke waarvan het causaal verband in beginsel vaststaat. In beginsel, omdat de werkgever in de derde fase nog kan stellen en zo nodig bewijzen dat geen sprake is van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten. W. Weterings in TVP 2013/1 en B. Barentsen in zijn noot onder JAR 2012/128 zijn kritisch; zij vinden het onderscheiden van de drie fasen gedurfd, maar vrezen dat de werknemer te zeer geholpen wordt door in de eerste fase slechts te hoeven bewijzen dat de klachten door blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Het wachten is op een oordeel van de Hoge Raad over deze Arnhemse methode.

De werknemer die zich beroept op de nietigheid van een ontslag op staande voet en doorbetaling van loon vordert op basis van een fulltime dienstverband voor onbepaalde tijd, draagt de bewijslast van dit gestelde dienstverband. Dit in het licht van de betwisting van de werkgever, diens stelling dat sprake was van een 'nulurencontract' en de beschuldigingen over en weer over het vervalsen van de arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad op 27 april 2012 (BV6939). Overigens zullen, in arbeidsrechtelijke 'setting', onduidelijkheden over de inhoud van een arbeidsovereenkomst juist vaker voor (bewijs)risico van juist de werkgever komen, zeker wanneer collectieve regels schriftelijke vastlegging voorschrijven. Om die reden belast de Rechtbank Utrecht (4 juli 2012, BX3522) de werkgever met de bewijslast van de door hem gestelde lagere functie van de werknemer, terwijl het de werknemer was die betaling van salaris voor een hogere (en beter betaalde) functie vorderde. De rechtbank overweegt dat de verplichting een schriftelijke arbeidsovereenkomst aan te gaan bedoeld is bewijsproblemen en in het bijzonder bewijsnood aan de zijde van een werknemer te voorkomen. Indien een werkgever in strijd met een arbeidsvoorwaardenregeling en/of een cao niet schriftelijk, of pas op een later moment een schriftelijke arbeidsovereenkomst heeft aangeboden, dan dient de werkgever het (bewijs)risico voor eventuele onduidelijkheden over de afspraken (bijvoorbeeld over de uit te oefenen functie en de te verrichten werkzaamheden) te dragen en kan van de hoofdregel van art. 150 Rv worden afgeweken.

Hof Den Haag oordeelt op 30 oktober 2012 (BY2903) dat art. 159 lid 2 Rv de rechter, in geval van betwisting van de echtheid van de handtekening onder een onderhandse akte (anders dan in geval van betwisting van de echtheid van de tekst van de akte), geen vrijheid laat de bewijslast te verdelen conform art. 150 Rv. Immers, wanneer de echtheid van de handtekening onder een onderhandse akte stellig wordt ontkend, dan moet de rechter degene die zich op de bewijskracht van een dergelijke akte beroept, belasten met het bewijs van echtheid van de handtekening van zijn wederpartij. Zo

moet de regel van art. 159 lid 2 Rv worden begrepen. In casu betwistte de huurder van een auto dat hij een afleverrapport had getekend voor de beweerdelijk tijdens de huurperiode aan de auto toegebrachte schade. De juistheid van de handtekening van de huurder moet worden bewezen door de verhuurder, ook al kon hem – door de verstekverlening in appel aan diens adres – geen bewijsopdracht worden gegeven.

In 2012 deed de Hoge Raad enkele uitspraken over bewijsmethoden en bewijslastverdeling bij onzeker causaal verband. Zie daarover de kroniek Aansprakelijkheidsrecht 2012 (*Advocatenblad* 2012-6) en het artikel van L.H. Rammeloo in het *Advocatenblad* van mei 2013.

Bewijsmiddelen

Tussen partijen heeft een akte (lees: een ondertekend geschrift in de zin van art. 156 lid 1 Rv) dwingende bewijskracht, aldus de hoofdregel van art. 157 lid 2 Rv. Maar geldt dit ook als het geschrift niet is ondertekend, maar alleen geparafeerd? En wat als de handtekening of paraaf is gezet door iemand die de taal van het geschrift niet spreekt? De Hoge Raad beantwoordt deze vragen met een ruime uitleg van de term 'ondertekend geschrift' (5 oktober 2012, BV6698): ook een geparafeerd geschrift kan gelden als een ondertekend geschrift in de zin van art. 156 lid 1 Rv, indien de paraaf de desbetreffende persoon in voldoende mate individualiseert. De omstandigheid dat de persoon die de paraaf of handtekening plaatst de taal waarin het geschrift is opgesteld niet machtig is, staat evenmin in de weg aan de kwalificatie als 'ondertekend geschrift'.

Overigens kunnen bijzondere omstandigheden maken dat een akte, ook tussen partijen, toch geen dwingende bewijskracht heeft. In een zaak voor de Rechtbank Leeuwarden (23 mei 2012, BW6456) had de verkoper een notaris volmacht gegeven tot het verlijden van een leveringsakte. Nadien had de notaris de tekst van de akte aangepast, maar deze toch met gebruikmaking van de bestaande volmacht verleden (een notariële doodzonde, maar dat terzijde). De akte had daarom ten opzichte van de verkoper geen dwingende bewijskracht ten aanzien van de aangepaste passage.

Bij aankoop van een huis kwamen verkopers en koper een voorkeursrecht (tegen een maximumprijs) overeen ten gunste van een echtpaar. Na het overlijden van de koper maakte de man (inmiddels gescheiden van zijn vrouw) aanspraak op het voorkeursrecht, kocht het huis en verkocht het met fikse winst. De vrouw claimde de helft van de winst met een beroep op het voorkeursrecht. Dat was in het voorlopig koopcontract primair aan de man verleend, maar in de leveringsakte aan 'de man en/of de vrouw'. In cassatie kwam de vraag aan de orde of de leveringsakte ook dwingende bewijskracht had in de verhouding tussen de man en de vrouw (die geen partij waren bij die akte). In navolging van zijn arrest uit 2003 (AK3701) oordeelt de Hoge Raad op 20 januari 2012 (BU3100) dat de inhoud en strekking van art. 157 Rv en de eisen van het rechtsverkeer meebrengen dat een akte slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van de partijen daarbij (en hun rechtsverkrijgenden). Dat wil zeggen: degenen die in de akte als zodanig zijn aangewezen of degene te wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden. Zodoende komt aan de onderhavige leveringsakte geen dwingend bewijs toe ten opzichte van de man en de vrouw, ook niet in hun onderlinge verhouding, nu daaruit niet blijkt van hun bedoeling zich jegens de kopers, de verkopers of elkaar bewijsrechtelijk te binden. Uitkomst van de procedure is dat de man de winst moet delen met zijn ex-vrouw, zo had het hof – volgens de Hoge Raad terecht – (op basis van middelen met vrije bewijskracht) geoordeeld.

Uit de twee vinkjes – als ontvangstbevestiging – naast een *WhatsApp*-bericht, waarin de werknemer zich ziek had gemeld, maakte de kantonrechter in kort geding op dat de ziekmelding de werkgever had bereikt (kantonrechter Groningen 11 juni 2012, BY2140). Los van de vraag of *WhatsApp* de geëigende communicatiemethode is voor een ziekmelding, oordeelt de kantonrechter dat de werkgever uit de ziekmelding had moeten opmaken dat de werknemer met het daaraan voorafgaande verhitte gesprek geen ontslagname had beoogd. Kortom: vinkjes als bewijsmiddel! De meer historische variant hiervan is een zogenaamd 'tx-rapport,' waarin als

resultaat van de verzending per fax van een stuitingsmededeling naar het door de gedaagde opgegeven faxnummer is vermeld: 'ok'. De kantonrechter Helmond (27 juni 2012, BX0021) neemt op grond daarvan aan dat de stuiting succesvol is verzonden en binnen bereik van gedaagde is gebracht.

Dat in het kader van de vrije bewijsleer ook 'onrechtmatig verkregen bewijs' als bewijsmiddel mag dienen in een civiele procedure, is bekend (zie HR 7 februari 1992, ZCO500). Wel maakt de civiele rechter steeds een belangenafweging tussen het belang van de waarheidsvinding en de overige belangen (waaronder de privacy van de betrokkenen). Na eenzelfde belangenafweging laat het Hof Den Bosch een (zonder toestemming van de gedaagde gemaakte) bandopname van een gesprek toe, nu het gesprek een zakelijk karakter had en in een veilingzaal (dus in een openbare ruimte, met andere aanwezigen) is gevoerd (12 juni 2012, BW8246).

Ter bewijsgaring voor een Nederlandse civiele procedure mogen partijen een *discovery*-procedure in de Verenigde Staten voeren. Daartoe overweegt de Rechtbank Rotterdam (18 augustus 2012, BX4521) dat, nu het Nederlands procesrecht een open systeem van bewijsmiddelen kent, de bewijsgaring in beginsel vrijelijk kan geschieden en het aan partijen is overgelaten te bepalen welk bewijsmateriaal zij willen vergaren en hoe zij dat willen doen. Zij kunnen daarbij de Nederlandse rechter inschakelen, maar kunnen ook op andere wijze proberen het verlangde bewijs te verkrijgen. Het feit dat het Nederlandse procesrecht geen *discovery*-procedure kent, betekent nog niet dat het in strijd met de openbare orde zou zijn wanneer een partij het in een dergelijke procedure verkregen bewijsmateriaal inbrengt. In de Nederlandse procedure zal het bewijs met inachtneming van het Nederlandse procesrecht worden gewaardeerd, nadat partijen zich hebben kunnen uitlaten over dit materiaal. Niet onaannemelijk is dat bij de bewijswaardering de wijze waarop het bewijs is verkregen meeweegt. Zodoende ziet de rechtbank het door eiser aangekondigde bewijs wel komen en wijst het de door de gedaagde als voorlopige voorziening gevorderde verbod tot bewijsgaring door *discovery* af.

Getuigenbewijs

Wanneer de Belastingdienst een trustkantoor om informatie vraagt over een cliënt, dan moet het trustkantoor die geven en kan het zich niet beroepen op een verschoningsrecht. Een trustkantoor behoort immers niet tot de geheimhouders genoemd in art. 53a AWR (lees: de functionele geheimhouders van art. 165 lid 2 sub b Rv). Wanneer bijvoorbeeld een advocaat, die wel 'geheimhouder' is, informatie over een (gezamenlijke) cliënt aan het trustkantoor heeft toevertrouwd, dan kan het trustkantoor zich toch beroepen op een – in dat geval: afgeleid – verschoningsrecht voor zover het informatie betreft waarvoor de geheimhouder mogelijk een verschoningsrecht toekomt. Het is dan aan de geheimhouder (bijvoorbeeld de advocaat) om te beoordelen of voor het invoeren van dat verschoningsrecht daadwerkelijk aanleiding is. De cliënt kan ook zelf bij de Belastingdienst een beroep doen op de vertrouwelijkheid van zijn contacten met de door hem benaderde geheimhouder. Wanneer het trustkantoor de administratie van een cliënt onder zich heeft, met daarin correspondentie die de cliënt met een geheimhouder heeft uitgewisseld, kan het trustkantoor zich te dien aanzien niet beroepen op een van de geheimhouders afgeleid verschoningsrecht. Wel kan het trustkantoor, namens de cliënt, zich beroepen op de, hiervoor genoemde, vertrouwelijkheid van diens overleg met de geheimhouder. Het beginsel dat eenieder de mogelijkheid moet hebben om vrijelijk een vertrouwenspersoon te raadplegen, zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, laat onverlet dat getoetst kan worden of bepaalde informatie uit de administratie daadwerkelijk een vertrouwelijk (want onder het verschoningsrecht van de geheimhouder vallend) karakter heeft. De Hoge Raad (27 april 2012, BV3426) suggereert daarom toetsing door een 'neutrale derde' met eigen verschoningsrecht (bijvoorbeeld een notaris). Met dit arrest scheidt de Hoge Raad duidelijkheid over de mogelijkheden van een trustkantoor om zich tijdens een derdenonderzoek van de Belastingdienst (en waarschijnlijk ook in andere

kwesties) op een afgeleid verschoningsrecht te beroepen.

In de vorige kroniek noemden we de prejudiciële vraag die de Hoge Raad op 1 april 2011 (BP3048) aan het HvJ EG heeft voorgelegd, inhoudend of de Nederlandse rechter kan bepalen dat een partij met woonplaats in de EU (maar uiteraard buiten Nederland) in Nederland als getuige 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. Op 6 september 2012 (C170/11) kwam het antwoord van het HvJ EG: de nationale rechter is niet verplicht om, indien een in het buitenland woonachtige partij als getuige moet worden gehoord, de route van de EU-Bewijsverordening te volgen, maar mag hem oproepen te verschijnen en hem horen volgens de regels van het nationale bewijsrecht. De regels van de EU-Bewijsverordening zijn dus niet exclusief. Hoewel dit antwoord alleen over een partijgetuige gaat, lijkt de uitspraak ook in breder verband (dus ook op het oproepen en verhoren van ‘gewone’ getuigen) van toepassing.

Het onderscheid tussen partij- en gewone getuigen is relevant in de uitspraak van de Hoge Raad van 6 april 2012 (BV3403), waarin is bevestigd dat een procespartij niet kan worden gedwongen om een getuigenverklaring af te leggen. Een partijgetuige moet, na oproeping, wel verschijnen. Zijn verklaring kan echter niet worden afgedwongen, ook niet door bijvoorbeeld een dwangsom. Saillant detail in deze procedure was dat de partijgetuige in de kwestie – Radovan Karadžić – was gedetineerd in Nederland in verband met zijn proces voor het Joegoslavië Tribunaal. Karadžić is door een Amerikaanse rechter veroordeeld tot betaling van 745 miljoen euro en inmiddels buigt een Amerikaanse rechter zich over de vraag welke verhaalsmogelijkheden hij biedt. Naar aanleiding van een rechtshulpverzoek heeft de Haagse rechtbank een rogatoire commissie benoemd en Karadžić als getuige opgeroepen. Karadžić verscheen, maar weigerde een verklaring ‘tegen zichzelf’ af te leggen. Met de kwalificatie van Karadžić als partijgetuige, valt hij onder de bepaling van art. 173 lid 1 Rv, inhoudende dat een

procespartij niet gedwongen mag worden als getuige een verklaring af te leggen.

Voorlopig getuigenverhoor

Met een voorlopig getuigenverhoor kan een partij bewijs veiligstellen en zich een oordeel vormen over zijn proceskansen. Rechter wijzen een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor in beginsel toe, mits de te bewijzen feiten zijn betwist, het bewijs daarvan door getuigen is toegelaten en de te bewijzen feiten tot beslissing van de zaak zouden kunnen leiden. Een verzoek kan evenwel worden afgewezen wanneer het strijdig is met een goede procesorde, er sprake is van misbruik van de mogelijkheid een dergelijk verzoek te doen of toewijzing van het verzoek afstuit op een ander zwaarwichtig bezwaar. In twee uitspraken werd het verzoek op deze laatste gronden afgewezen. Zo strandde de poging van een rederij om in een voorlopig getuigenverhoor de deugdelijkheid van een deskundigenbericht aan te tasten, door het laten horen van eigen getuigen-deskundigen. Volgens de Rechtbank Amsterdam (1 maart 2012, BW0944) was het verzoek niet gericht op het boven tafel krijgen van nieuwe feiten, niet bedoeld om de verzoeker in staat te stellen zich een oordeel te vormen over diens proceskansen in een aanhangig (te maken) geding en evenmin om bewijs dat dreigt verloren te gaan, vast te leggen. Voor het aanvechten van een deskundigenrapport acht de rechtbank het voorlopig getuigenverhoor geen geschikt middel; de rederij moet maar getuigen in de bodemprocedure laten horen. Annotator G. van Rijssen in *JBP* 2012/58 suggereert de rederij een beter alternatief: een voorlopig deskundigenbericht. Dezelfde rechtbank wijst (op 20 december 2012, BY7038) ook het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor van enkele vennootschappen af. Deze vennootschappen zijn onderwerp geweest van strafrechtelijk onderzoek door de FIOD en inmiddels verdachten in een lopende strafzaak. De vennootschappen willen de Staat dagvaarden tot vergoeding van schade als gevolg van door hen gestelde onrechtmatige gedragingen van het OM. Het feitencomplex dat de vennootschappen aan de orde willen stellen in het voorlopig getuigenverhoor heeft daarmee betrekking op het strafrechtelijk

onderzoek, dat op dat moment ter beoordeling voorligt bij de strafrechter (mede omdat de vennootschappen in de strafzaak de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleiten vanwege gebreken in het strafrechtelijk onderzoek). Nu de strafrechter bij uitstek is toegerust voor onderzoek naar dat feitencomplex, heeft de strafrechter daarin het primaat, zo oordeelt de rechtbank. Dat betekent dat, zolang ten aanzien van dat feitencomplex nog geen onherroepelijke uitspraak is gedaan door de strafrechter, de civiele rechter zich dient te onthouden van bemoeienis. Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dat betrekking heeft op feiten die (vooralsnog) onder het primaat van de strafrechter vallen, is met andere woorden voorbarig. Tegen het onderhavige verzoek bestaan dus zwaarwichtige bezwaren en het verzoek kan worden aangemerkt als misbruik van procesrecht.

Dagvaarding

Nietigheden verdienen hier bijna een eigen subkopje: in dit kroniekjaar een aantal uitspraken daarover. De gemachtigde in een Middelburgse kantonprocedure (14 december 2011, BV7981) die slechts onder zijn handelsnaam – de naam van een deuraarderskantoor – optreedt (en in strijd met art. 83 Rv zelfs een incidentele conclusie met de handelsnaam ondertekent) handelt in strijd met de voorschriften van art. 111 Rv en loopt tegen de nietigheidssanctie van art. 120 Rv aan. Alleen uit kleine lettertjes op het briefpapier was af te leiden aan wie de handelsnaam toebehoorde en dat briefpapier is geen onderdeel van de tekst van de dagvaarding.

In een kortgedingdagvaarding heeft eiseres vermeld dat zijzelf bij verschijning voor de kantonrechter griffierecht verschuldigd zal zijn. Gedaagde verschijnt niet. Nu gedaagde bij snelle lezing de indruk kon krijgen dat hij bij verschijning griffierecht verschuldigd zou worden, kan hem dat van verschijning hebben weerhouden. De kantonrechter te Arnhem (20 februari 2012, BV7741) verleent geen verstek, verklaart de dagvaarding nietig en biedt eiseres gelegenheid tot herstel. Overigens had de kantonrechter geconstateerd dat de zaak tot de compe-

tentie van de sector civiel behoort en verwijst de zaak. Hij geeft eiseres mee dat het herstelexploit daarom wél een griffierechtaanzegging moet bevatten. Deze problematiek doet zich vermoedelijk na 1 april 2013 niet meer voor, nu in het sindsdien geldende art. 111 lid 2 sub k Rv staat vermeld dat moet worden medegedeeld óf van gedaagde griffierecht zal worden geheven. Daaruit wordt afgeleid dat dus ook vermeld moet worden dat in zaken bij de kantonrechter gedaagde bij verschijning géén griffierecht verschuldigd is.

Ter onderbouwing van haar vordering verwijst eiseres slechts naar hetzelfde feitencomplex in een andere procedure en volstaat met overlegging van het procesdossier van die andere procedure. Zodoende is voor de rechter en de wederpartij niet duidelijk wat ter beoordeling voorligt en waartegen verweer moet worden gevoerd (vgl. HR 15 november 1991, ZCo413, m.nt. H.J. Snijders). Wegens strijd met art. 111 lid 2 Rv is de dagvaarding nietig. De verschijning van gedaagden dekt de nietigheid niet, omdat gedaagden door het gebrek onredelijk worden benadeeld, aldus Rechtbank Amsterdam op 8 augustus 2012 (BX8764).

Ziggo vordert betaling van (beweerdelijk) openstaande facturen, maar maakt het in haar dagvaarding wel erg bont. Zij specificiert haar vorderingen niet, legt geen facturen over, stelt niets over ontvangst en kennisneming daarvan door gedaagde, stelt vrijwel niets over tekortschieten van gedaagde, laat essentialia van de overeenkomst onvermeld en biedt ook overigens geen enkel bewijs aan. De kantonrechter te Maastricht (25 januari 2012, BV9179) oordeelt (dan ook) dat de dagvaarding van Ziggo niet voldoet aan de minimumnormen van behoorlijke procesvoering en fair trial, uitgewerkt in de artt. 21, 85, 111 (lid 3) en 150 Rv, temeer waar aan haar, als *repeat player* hoge eisen mogen worden gesteld.

Eiser laat op de voet van art. 55 lid 1 Rv en het Haags Betekeningsverdrag een dagvaarding uitbrengen aan de Verenigde Staten van Amerika. De U.S. Central Authority blijkt te hebben geweigerd de dagvaarding in de VS te betekenen op een andere dan de toegelaten weigeringsgronden van art. 13 lid 1 Haags Beteke-

ningsverdrag. Rechtbank 's-Gravenhage (28 november 2012, BY5998) oordeelt dat, nu overigens aan de voorschriften uit het Haags Betekeningsverdrag is voldaan, verstek kan worden verleend aan de Verenigde Staten van Amerika. Zij wijst, onder verwijzing naar de dagvaarding, de op een onrechtmatige daad gegronde vorderingen toe.

In het hiervoor, bij Bevoegdheid, al besproken arrest van HvJ EG van 15 maart 2012 wordt de praktijk van de openbare betekening van het procesinleidende stuk aan de gedaagde zonder bekende woon- of verblijfplaats conform het nationale recht (art. 54 lid 2 Rv) en het vervolgens wijzen van een verstekvonnis gesauveerd (r.o. 59). Alvorens verstek te verlenen dient de rechter zich er wel van te vergewissen dat eiser alle stappen die nodig zijn om gedaagde op te sporen, met spoed en te goeder trouw heeft ondernomen.

Uit HR 12 oktober 2012 (BX5801) volgt dat bij één dagvaarding (cassatie)beroep in verschillende zaken kan worden ingesteld, nu de rechtbank de verschillende zaken eerder al gezamenlijk behandelde en na rolvoeging in één vonnis had beslist en ook het hoger beroep door middel van één dagvaarding was ingesteld en het hof de zaken gezamenlijke had behandeld en beslist.

Aan het eind van dit kroniekjaar gaf het HvJ EG (19 december 2012, C-325/11, JBPr 2013/3) antwoord op een prejudiciële vraag van de Poolse rechter over de uitleg van art. 1 lid 1 van de EG- Betekeningsverordening 1393/2007 (BetVo-II) dat bepaalt dat de verordening van toepassing is in burgerlijke en handelszaken waarin een gerechtelijk stuk van een lidstaat naar een andere lidstaat moet worden verzonden

Zonder griffierechten
kom ik min steel niet meer uit...



ter betekening of kennisgeving aldaar. De Poolse regeling schrijft voor dat een buiten Polen woonachtige partij die geen procesgemachtigde in Polen heeft aangewezen, verplicht is een vertegenwoordiger in Polen aan te wijzen die gemachtigd is tot inontvangstneming van te betekenen stukken. Is zo'n vertegenwoordiger niet aangewezen, dan worden, zo bepaalt de Poolse regeling, de voor de betrokken partij bestemde stukken in het dossier gelaten en als betekend beschouwd. In de zaak die tot de prejudiciële vraag leidde, hadden de Duitse eisers de Poolse voorschriften niet nageleefd en werden zij op enig moment met een voor hen ongunstig en inmiddels onherroepelijk vonnis geconfronteerd. In de procedure volgend op hun verzoek om heropening van de zaak, kwam aan de orde of de Poolse regeling zich verdraagt met de BetVo-II. Het HvJ EG overweegt dat de BetVo-II zelf – limitatief – twee situaties aanwijst die niet onder het toepassingsbereik van de BetVo-II vallen (adres van degene voor het wie het stuk bestemd is, is onbekend (art. 1 lid 2) en betekening aan gevolmachtigde vertegenwoordiger in de lidstaat waar de procedure plaatsvindt, ongeacht woonplaats partij (considerans 8)). In alle overige gevallen van een grensoverschrijdende EU-betekening, moet de route uit de BetVo-II worden gevolgd. De Poolse nationale regeling voldeed niet aan de voorwaarden van de uitzondering noch aan de betekeningseisen van de BetVo-II. Freudenthal werpt in haar noot bij het arrest de vraag op in hoeverre het oordeel van de Hoge Raad van 18 december 2009 (BK3078) standhoudt dat de kantoorbetekening ex art. 63 Rv aan de werkingsfeer van de BetVo-II is onttrokken. Bij een betekening op de voet van art. 63 Rv heeft

de partij buiten Nederland immers geen toestemming aan de advocaat gegeven om stukken in ontvangst te nemen. Onder het mom *better safe than sorry* geeft Freudenthal de tip om in dit soort gevallen, naast de kantoorbetekening, de dagvaarding ook internationaal te laten betekenen op de voet van art. 56 lid 3 Rv en met een vertaling in de vereiste taal rechtstreeks per aangetekende post aan de wederpartij te laten verzenden.

Executie

Executiegeschil/misbruik van (proces)recht

Volgens het Hof Leeuwarden (1 mei 2012, BW4745) is het niet ondenkbaar dat de executie van een vonnis misbruik van recht oplevert als de executant zelf in ernstige mate debet is aan een situatie die meebrengt dat degene die moet presteren daartoe feitelijk niet in staat is. Dat was in deze zaak overigens niet komen vast te staan.

Executiegeschil en kantonrechter

Ook dit kroniekjaar zijn er weer kantonrechters die zichzelf bevoegd achten om in kantonzaken als executierechter op te treden (zie kantonrechter Nijmegen 31 augustus 2012, BX6982 en kantonrechter Arnhem 17 oktober 2012, BY1685). Dit terwijl het Hof Leeuwarden in 2010 (BN8781, r.o. 3) nog oordeelde dat de kantonrechter nimmer de executierechter van art. 438 Rv kan zijn.

Dwangsom

Is een rechterlijk verbod om dwangsommen te executeren een wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging daarvan, waardoor verjaring van de dwangsom wordt geschorst? In HR 29 juni 2012 (BW1259) beantwoordt hij deze vraag bevestigend. In eerdere instantie had het Bossche hof in gelijke zin beslist en daarbij aansluiting gezocht bij het in de literatuur daarover ingenomen standpunt (zie de kroniek van 2011, Deel II). Een belangrijk HR-arrest dus, omdat deze vraag nog niet eerder aan hem of het Benelux-Gerechtshof was voorgelegd. Dat geldt ook voor zijn arrest van dezelfde datum, waarin hij oordeelt

dat de verjaring van een dwangsom niet wordt geschorst door het instellen van een rechtsmiddel tegen de veroordeling die met een dwangsom is versterkt (HR 29 juni 2012, BW1260). Het tegenovergestelde standpunt (waarom zouden stuitingshandelingen nodig zijn zolang nog wordt geprocedeerd over de verschuldigdheid van de dwangsom?) wordt wel in de literatuur verdedigd en ook A-G Vlas onderschrijft dat in zijn conclusie voor dit arrest. De Hoge Raad oordeelt dus anders. De partij die gedurende de behandeling in hogere instantie de executie van door een lagere rechter opgelegde dwangsommen uitstelt, doet er dan ook goed aan tenminste elk halfjaar de verjaring te stuiten.

Exequatur

Art. 33 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat de in een lidstaat gegeven beslissing in de overige lidstaten zonder vorm van proces wordt erkend. Art. 32 EEX definieert het begrip 'beslissing.' Blijkens het arrest van HvJ EG van 15 november 2012 (NJ 2013/119 m.nt. L. Strikwerda) heeft art. 32 EEX-Vo ook betrekking op een beslissing waarbij de rechter van een lidstaat zich onbevoegd heeft verklaard vanwege een forumkeuzebeding. Dit ongeacht hoe een dergelijke beslissing in het recht van een andere lidstaat wordt gekwalificeerd. Verder moeten volgens het hof de artt. 32 en 33 EEX-Vo aldus worden uitgelegd dat de exequaturrechter gebonden is aan een beslissing waarbij de rechter van een andere lidstaat zich in verband met een forumkeuzebeding onbevoegd heeft verklaard op de grond dat dit een geldig beding is. Deze gebondenheid geldt zowel ten aanzien van de overwegingen als het dictum.

Na een in 2011 verkregen antwoord van het HvJ EG (zie de kroniek van 2011, Deel II) oordeelt de Hoge Raad op 14 december 2012 (BX7456) dat de proceskosten verbonden aan een exequaturprocedure onder de EEX-Vo met betrekking tot een vonnis in een IE-zaak voor volledige vergoeding in aanmerking komen.

Exhibitieplicht

Een exhibitievordering kan zowel in een lopende als in een afzonderlijke procedure worden ingesteld. In HR 8 juni 2012

(BV8510) overweegt hij dat uit de tekst van art. 843a Rv en/of de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel niet voortvloeit dat voor de toewijsbaarheid van de exhibitievordering tevens noodzakelijk is dat over de rechtsbetrekking waaromtrent afschrift van bescheiden wordt verlangd een procedure aanhangig is of naar verwachting zal worden gemaakt. Evenmin is nodig dat een zodanige procedure, indien deze aanhangig zou worden gemaakt, in Nederland zal worden gevoerd. De Hoge Raad wijst er verder op dat dergelijke voorwaarden ook niet worden gesteld in het op dit moment aanhangige wetsvoorstel tot verbetering van de wettelijke regeling van het inzagerecht in civiele procedures (*Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 079, nr. 2; zie over dit wetsvoorstel J. Ekelmans in *NTBR* 2012/10).

Als in een tussenvonnis in het dictum geen einde is gemaakt aan het geding omtrent enig deel van het gevorderde, is het bepaalde in art. 337 lid 2 Rv van toepassing en moet de rechter voor tussentijds appel toestemming verlenen. Onder het 'gevorderde' moet de rechtsvordering worden verstaan die inzet van het geding was en dus niet beslissingen die de voortgang en instructie van de zaak betreffen (vgl. HR 22 januari 2010, BK1639; zie ook de kroniek van 2010, *Advocatenblad*, 2010-9, 10 en 11). Op 13 juli 2012 hakt de Hoge Raad in twee arresten (BW3263 en BW3264) de knoop door met betrekking tot de (on)mogelijkheid van tussentijds appel bij een op art. 843a Rv gebaseerde vordering. Als de exhibitievordering wordt ingesteld in een lopende procedure met het oog op de instructie van de zaak – ongeacht of dat gebeurt bij dagvaarding of conclusie – en de rechter beslist daarop in een afzonderlijk vonnis, dan moet dit worden beschouwd als een tussenvonnis waarop het bepaalde in art. 337 lid 2 Rv van toepassing is. In BW3264 overweegt de Hoge Raad dat de rechter natuurlijk in een dergelijk geval altijd wel verlop kan geven tot tussentijds appel en dat daar zeker aanleiding voor kan bestaan indien een dwangsom wordt opgelegd. Verder overweegt hij hier dat het gemis van tussentijds appel ook kan worden ondervangen doordat de rechter aan zijn exhibitieveroordeling bepaalde voorwaarden verbindt, zoals bijvoorbeeld dat (aanvankelijk) alleen de

rechter kennisneemt van vertrouwelijke stukken (zie ook r.o. 3.4.8 in HR 11 juli 2008, BC8421).

In HR 26 oktober 2012 (BW9244) formuleerde een ex-werknemer/klokkenuider van een bank in appel een vordering tot afgifte van afschrift van alle correspondentie tussen de bank en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) naar aanleiding van zijn dossier, eventuele opgemaakte rapporten en opgelegde (handhavings) maatregelen daaronder begrepen. Het hof oordeelde dat hier niet voldaan was aan de bepaaldheidseis van art. 843a Rv. De Hoge Raad ziet dat anders. Hij vindt de vordering wel voldoende bepaald, omdat deze betrekking heeft op een onderwerp dat nauwkeurig is afgebakend door omschrijving van het dossier en het noemen van de bij de stukken betrokken personen en instanties. Volgens de Hoge Raad doet de omstandigheid dat de bescheiden niet individueel zijn omschreven hieraan niet af, nu zij de klokkenuider niet bekend waren. Volgens annotator T.S. Jansen in *JOR* 2013/30 sauveert de Hoge Raad met dit oordeel de grote mate van welwillendheid die lagere rechtspraak reeds liet zien met betrekking tot de bepaaldheidseis. Verder oordeelde het hof dat de opgevraagde stukken niet kunnen worden aangemerkt als bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij de ex-werknemer partij is. Ook dit ziet de Hoge Raad anders. Hij overweegt dat de omstandigheden van het geval (onder meer dat de door de klokkenuider gedane melding aan de AFM aanleiding kan hebben gegeven tot het opstellen van bescheiden waarvan afgifte wordt gevorderd) voldoende grond vormen voor het oordeel dat de bescheiden waarvan afgifte wordt gevorderd zien op een rechtsbetrekking waarbij de werknemer (ook) partij is in de zin van art. 843a Rv. In de woorden van annotator Jansen is hiermee de onder art. 843a Rv (oud) aangenomen enge uitleg van het rechtsbetrekkingsvereiste definitief verlaten.

In Rb. Utrecht 17 oktober 2012 (BY1265) gaat de rechter ervan uit dat het motief voor het instellen van een op de exhibitieplicht gegrond incident – gelet op het op voorhand kansloze karakter daarvan – gelegen moet zijn in het vertragen van de hoofdzaak. Omdat eiseres in het incident ook nog op het laatste moment

het aanvankelijk verleende verstek had gezuiverd, komt de rechtbank uit op een vertraging van 22 weken die volgens haar niet zonder gevolgen kan blijven. Aldus bestraft de rechtbank deze partij door de termijn voor het nemen van de conclusie van antwoord in de hoofdzaak te bepalen op twee weken in de plaats van de gebruikelijke zes weken.

Herroeping

Art. 383 lid 1 Rv schrijft voor dat het (buitengewone) rechtsmiddel van herroeping moet worden aangewend binnen drie maanden nadat de grond voor herroeping is ontstaan en de eiser daarmee bekend is geworden. In zijn arrest van 2 november 2012 (BW9877) laat de Hoge Raad zich uit over de opmerking van de wetgever dat het bedrog in beginsel eerst is ontdekt, nadat de partij die bedrogen is ‘beschikt over bewijs dat het is gepleegd’ en dat voordien in het algemeen nog slechts sprake is van een gerezen verdenking (vgl. *Kamerstukken* II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 173). Dit betekent volgens de Hoge Raad niet dat de herroepingstermijn pas gaat lopen als de partij die zich bedrogen acht in staat is het bedrog overtuigend aan te tonen, maar anderzijds ook niet dat elke verdenking van bedrog al voldoende grond is voor heropening. Voor de heropening volstaat een voldoende verdenking van bedrog. Of het bedrog ook bewezen kan worden, zal na heropening duidelijk worden.

Het appelverbod bij herroeping (art. 388 lid 2 Rv) ziet zowel op de toe- als afwijzing van de herroepingsvordering en dit verbod kan niet worden gepasseerd met een beroep op de zogenoemde doorbrekingsjurisprudentie (zie HR 21 september 2012, BW4896). Dat laatste strookt volgens de Hoge Raad met de aard van een dergelijke beslissing nu door de herroeping slechts in zeer bijzondere gevallen de mogelijkheid wordt geboden inbreuk te maken op het definitieve karakter van het rechterlijk oordeel waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat. Daarom heeft de wederpartij, gelet op de eisen van rechtszekerheid, een bijzonder belang bij spoedige duidelijkheid over de gegrondheid van de ingeroepen herroepingsgronden.

Hoger beroep

Appeltermijn/beroepstermijn

Indien er in eerste aanleg meerdere gedaagden zijn waarvan er ten minste één in het geding is verschenen en tegen de niet verschenen gedaagde(n) verstek wordt verleend, bepaalt art. 140 lid 2 Rv dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Dan dus geen verzet voor de niet verschenen gedaagde(n), maar hoger beroep. Die situatie deed zich ook voor in Hof Arnhem 17 juli 2012 (BX1921). De dagvaarding had de niet-verschenen gedaagde in eerste aanleg niet bereikt en met het vonnis raakte zij pas vijf dagen voor het verstrijken van de appeltermijn bekend. Deze partij ging er zelf kennelijk vanuit dat de appeltermijn zou worden verlengd met drie maanden vanaf de betekening van het vonnis. Een niet-ontvankelijkheidsoordeel is het gevolg nu het hof slechts ruimte ziet voor een verlenging van de appeltermijn met veertien dagen. Dit analoog aan de door de Hoge Raad in 2003 (AN8489) aanvaarde mogelijkheid van verlenging van de beroepstermijn in verzoekschriftprocedures als er sprake is van een zogenoemde ‘apparaatsfout’. In *JBPr* 2012/71 vraagt S.M.A.M. Venhuizen zich af of deze door het hof gemaakte vergelijking met de verzoekschriftprocedure wel helemaal gelukkig is en meent dat de (moeilijker) weg van daadwerkelijke bekendheid had moeten worden gevolgd. Zie in dit verband ook Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012 (BX8164) waarin de rechtbank overweegt dat in de literatuur en gepubliceerde lagere jurisprudentie twee tegenstrijdige opvattingen zijn te vinden over de toepassing van art. 140 lid 2 Rv in het – zich hier voordoende – geval dat de zaak tegen de wel verschenen gedaagde(n) wordt doorgehaald in verband met een schikking. Moet er dan door de niet-verschenen gedaagde(n) hoger beroep of verzet worden ingesteld? De rechtbank kiest hier voor het laatste.

Devolutieve werking

De devolutieve werking van het appel brengt in beginsel mee, dat als het hof tot een andere, voor geïntimeerde ongunstiger bewijswaardering komt, vervolgens

– ook zonder daartoe strekkende grief van geïntimeerde – moet worden onderzocht of de rechtbank van een juiste bewijslastverdeling is uitgegaan. Hetzelfde geldt in het zich in HR 30 maart 2012 (BU3160) voordoende – nauw verwante – geval dat de rechter in eerste aanleg zich uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft uitgelaten over de gevolgen van de bewijslevering. De appelrechter dient dan, indien nodig, na te gaan of dat oordeel juist is. Dit lijkt echter uitzondering indien – zoals hier – de geïntimeerde zelf eerder tussentijds hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis waarin de eindbeslissing over de bewijslastverdeling of over de gevolgen van de bewijslevering is vervat en hij die beslissing toen niet of tevergeefs heeft bestreden. De partij die tussentijds beroep instelt, is immers gehouden daarin al zijn bezwaren tegen de tot dan toe gewezen tussenvonnissen aan te voeren en verliest de mogelijkheid dat bij een latere gelegenheid in appel te doen. De zogenoemde ‘eenmaal schietenregel’ wordt de geïntimeerde hier dus fataal. Toch zijn er ook uitzonderingen op deze regel denkbaar, zoals in Hof Leeuwarden 31 juli 2012 (BX3024). In die zaak weegt het hof de belangen van de wederpartij bij een voortvarende behandeling van de procedure mee bij de vraag of het tweede tussentijdse appel tegen hetzelfde tussenvonnis ontvankelijk is. In dit geval wensten beide partijen het oordeel van het hof over dat tussenvonnis te vernemen en lopen de belangen van beide partijen op dit punt (dus) parallel, zodat het hof hier een uitzondering op de ‘eenmaal schietenregel’ aanvaardt.

In HR 30 maart 2012 (BU8514) beperkt hij de devolutieve werking van het hoger beroep nader in het geval dat de vordering van oorspronkelijk eiser gedeeltelijk is toegewezen en oorspronkelijk gedaagde/geïntimeerde geen incidenteel appel tegen die toewijzing heeft ingesteld. Dan brengt de devolutieve werking van het appel volgens de Hoge Raad niet mee dat een verweer met betrekking tot het toegewezen gedeelte opnieuw kan worden beoordeeld, zonder dat de geïntimeerde (voorwaardelijk) incidenteel appel heeft ingesteld tegen het voor hem ongunstige, op de verwerping van zijn verweer berustende, gedeelte van het dictum. Onbeperkte toe-

passing van de devolutieve werking zou in de visie van de Hoge Raad tot gevolg kunnen hebben dat – zoals in deze zaak is gebeurd – de appelrechter over hetzelfde geschilpunt een ander oordeel bereikt dan de eerste rechter, zodat na het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak van de appelrechter met betrekking tot dat geschilpunt twee tegenstrijdige beslissingen met gezag van gewijsde zouden bestaan. Dit lijkt G.C.C. Lewin in *JBP* 2012/42 een beetje overdreven. In *NTBR* 2013/1 spreekt A.C. van Schaick zelfs van een onjuist arrest. Dit arrest betekent (in elk geval) dat een (aanstaand) geïntimeerde die in eerste aanleg gedeeltelijk ongelijk kreeg, alert moet zijn op het tijdig instellen van (voorwaardelijk) incidenteel appel om te voorkomen dat een verweer dat hij in eerste aanleg voerde niet door de appelrechter wordt beoordeeld als de zaak door het slagen van een grief weer open ligt (zie H.B. Krans in *NJ* 2012/583). Kortom: door dit arrest wordt procederen in appel nog ingewikkelder.

De devolutieve werking van het appel heeft onder meer tot gevolg dat de appelrechter de zaak na vernietiging van een eindvonnis niet mag terugverwijzen, maar deze zelf dient af te doen. Dat is anders wanneer de appelrechter een uitspraak van de lagere rechter vernietigt waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij in verband met een overeenkomst tot arbitrage, hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil (vgl. HR 16 april 1993, *ZC*0926). Terugverwijzing is volgens de Hoge Raad ook aan de orde indien in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie is verleend en de rechter dus eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen (vgl. HR 11 december 2009, *BK*0857). Deze uitzondering mag volgens het Hof Arnhem (28 februari 2012, *BV*8007) niet worden opgerekt indien in eerste aanleg de vordering was toegewezen nadat het recht van gedaagde van antwoord te concluderen vervallen was verklaard. Weliswaar is er door gedaagde geen verweer gevoerd, maar de rechtbank is wel tot een – zij het summier – inhoudelijke beoordeling van de zaak gekomen.

De keuze van geïntimeerde om in eerste aanleg gevoerde verweren in de vorm van een (voorwaardelijk) incidenteel appel onder de aandacht van het hof te brengen, kan er volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. onder meer HR 30 november 2007, *BB*4977) niet toe leiden dat verwerping van die verweren – en dientengevolge de verwerping van het incidentele appel – deze partij op een kostenveroordeling komt te staan. Het gaat dan immers om punten die het hof hoe dan ook moest onderzoeken in verband met de devolutieve werking van het appel. Dat kan natuurlijk niet worden gezegd van bij (voorwaardelijk) incidenteel appel nieuw opgeworpen verweren. Toch breidt de Hoge Raad in zijn arrest van 11 mei 2012 (*BV*9966) deze regel daartoe uit. Dat wordt volgens hem niet anders indien honorering van dat nieuwe verweer zou leiden tot een gedeeltelijke wijziging van het dictum nu deze omstandigheid geen materiële wijziging zou brengen in de positie van deze partij die als gedaagde in eerste aanleg in het gelijk was gesteld. In *JBP* 2012/44 zoekt G.C.C. Lewin de rechtvaardiging voor deze uitbreiding in de herstelfunctie van het hoger beroep. Beide partijen mogen daarvan gebruikmaken en dus nieuwe standpunten in appel aanvoeren. Ook de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij kan daarbij belang hebben. Deze weet immers niet of het hof tot eenzelfde oordeel zal komen als de rechter in eerste aanleg en kan – in de woorden van Lewin – zo voor een extra anker gaan liggen.

Tussentijds appel

Tussentijds appel van een interlocutoir is alleen mogelijk als de rechter dit heeft bepaald. Het toelaten van een partij als belanghebbende in een enquêteprocedure is geen eindbeschikking, maar een tussenbeschikking (zie HR 25 mei 2012, *BW*0242). Daarmee wordt immers niet omtrent (enig deel van) het verzochte een einde aan het geding gemaakt (zie hierover ook onder het kopje Exhibitieplicht).

Nova in appel

Grievens en veranderingen of vermeerderingen van een verzoek dienen in beginsel bij verzoek- of verweerschrift te worden aangevoerd (vgl. HR 19 juni

2009, BI8771). Op deze ‘in beginsel strakke regel’ kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de vaststelling van alimentatie (zie recentelijk nog HR 13 juli 2012, BW6741). In HR 28 september 2012 (BW9226) aanvaardt hij nu ook een uitzondering op deze regel voor procedures waarbij omgangsregelingen worden vastgesteld.

In HR 27 april 2012 (BV1301) oordeelt hij dat een voor het eerst tijdens pleidooi in appel gedaan beroep op stuiting niet in strijd is met de ‘in beginsel strakke regel’. Hij ziet dit als een toelaatbare precisering van een eerder gedaan beroep op een sommatiebrief.

In Hof Leeuwarden 30 oktober 2012 (BY1574) wordt korte metten gemaakt met een poging om in het appel van een dagvaardingszaak bij wijze van eisvermeerdering voor het eerst een verzoek te doen dat in een verzoekschriftprocedure thuishoort.

Schorsing van de tenuitvoerlegging (art. 351 Rv)

Indien hoger beroep is ingesteld tegen een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan de appelrechter in een incident op de voet van art. 351 Rv de tenuitvoerlegging daarvan schorsen. Het Amsterdamse hof stelt onder meer in zijn arrest van 31 januari 2012 (BV7719) niet de eis dat er daarvoor sprake moet zijn van een novum. Het Hof Leeuwarden gaat daar kennelijk wél vanuit (onder meer in zijn arrest van 14 februari 2012, BV4085). Zie ook *TvPP* 2013-1, waarin J.R. Sijmonsma de verdeelde rechtspraak van de verschillende hoven met betrekking tot het toetsingskader in een dergelijk incident schetst.

Varia

In HR 21 september 2012 (BW8304) roept hij een hof tot de orde dat het in art. 3:301 lid 2 BW opgenomen voorschrift van het inschrijven van een rechtsmiddel ook van toepassing achtte in geval het vonnis op de levering van aandelen ziet.

Art. 2.1 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven bepaalt dat voor een roldatum bestemde processtukken ter griffie moeten worden ingediend door verzending per post of door afgifte en

dat per fax ingediende processtukken niet in behandeling worden genomen. In Hof Leeuwarden 1 mei 2012 (BW4752) diende een advocaat, aan wie akte niet-dienen was aangezegd, desondanks een memorie van grieven met producties per fax in. Hij beriep zich op de volgende (door het hof samengevatte) omstandigheden: plotse opkomende rugklachten, tijdgebrek, een traag reagerende cliënt en een weerspannige collega-advocaat. Onvoldoende redenen echter voor het hof om de op het laatste moment per fax ingediende memorie van grieven toch in behandeling te nemen, zodat een niet-ontvankelijkheidsoordeel volgt. Een bepaling met verstrekkende gevolgen dus. Dat kan ook gezegd worden van de in 2012 geformuleerde aangescherpte regels in de procesreglementen van de hoven Amsterdam en 's-Hertogenbosch, die in het kader van een pilot per 1 januari 2013 van kracht zijn geworden. Ook in eerste aanleg zijn er overigens bij de rechtbanken 's-Gravenhage en Arnhem op 1 mei respectievelijk 1 november 2012 pilots met fors aangescherpte procesreglementen gestart (zie daarover H.M. ten Haaf in *TCR* 2012/4).

Incidenten

Wanneer een partij een processtuk moet indienen (bijvoorbeeld een memorie van antwoord, waarvoor akte niet-dienen is aangezegd) en in plaats daarvan een niet in de wet geregeld incident opwerpt, in de hoop dat de rechter de procedure schorst ter beoordeling van dat incident, loopt deze partij het risico dat de rechter de procedure niet schorst. Sterker nog, de rechter zal dan ook constateren dat er ‘niet gediend is’ en de beurt daartoe voorbij is. In twee arresten bevestigt de Hoge Raad (2 maart 2012, BU8176 en 13 juli 2012, BW4008) dat door indiening van een incidentele vordering, die niet in de wet is geregeld, een partij niet zonder meer aanspraak kan maken op een aparte behandeling en beoordeling daarvan, en dus op schorsing van de hoofdzaak. Let wel, voor bevoegdheidsincidenten (art. 11 Rv) en incidentele vorderingen tot zekerheidstelling voor de proceskosten (art. 224 Rv) geldt dat uit hun aard volgt dat zij ‘eerst en vooraf’ worden behandeld; deze

schorsen de hoofdzaak dus wél. Bij andere incidenten geldt echter de maatstaf van art. 209 eerste zin Rv, die inhoudt dat de vordering alleen ‘eerst en vooraf’ wordt behandeld en beslist ‘indien de zaak dat medebrengt’. De Hoge Raad overweegt dat de rechter bij de toepassing van deze maatstaf aan de hand van de aard en inhoud van de vordering, de belangen van partijen en het belang van een doelmatige procesvoering, moet nagaan of een voorafgaande behandeling en beslissing redelijkerwijs geboden zijn en of dit niet leidt tot onredelijke vertraging van de hoofdzaak.

Hervatting

Ter comparitie in een huurgeschil bereikten partijen een schikking: de huurder zou de achterstallige huur betalen en in de woning mogen blijven, partijen zouden elkaar finale kwijting verlenen en de procedure (tot ontbinding en ontruiming) doorhalen, elk tegen eigen kosten. Na doorhaling bleef betaling echter uit, waarna de verhuurder de kantonrechter vroeg om de procedure weer op de rol te plaatsen en vonnis te wijzen. De kantonrechter Groningen (4 april 2012, BW4130) doet dat niet. Hij overweegt dat doorhaling op de rol (royement) weliswaar een administratieve handeling is, die als zodanig geen rechtsgevolgen heeft (art. 246 lid 2 Rv), zodat in beginsel herplaatsing op de rol mogelijk is. Of een royement een definitieve of een voorlopige beëindiging van het geschil betekent, wordt bepaald door wat partijen met het royement hebben bedoeld. In deze kwestie hadden partijen de bedoeling het geschil definitief te beëindigen, getuige de finale kwijting, de afspraak over de proceskosten en het ontbreken van een voorbehoud of opschortende voorwaarde. De kantonrechter oordeelt dat de zaak daarom niet opnieuw op de rol wordt geplaatst. De verhuurder moet maar een nieuwe procedure starten met opnieuw als insteek de ontbinding en ontruiming van de woning. In een procedure bij het Hof Amsterdam (21 februari 2012, BV9272) was de bedoeling tot beëindiging van het geschil minder duidelijk (zo werd geen op schrift gestelde schikkingsovereenkomst overgelegd), waardoor het hof, met eenzelfde redenering als de Groninger kantonrechter, wél hervatting van de procedure toestaat.

Voeging en tussenkomst

Als een buitenstaander intervenueert in een procedure, is niet relevant hoe hij zelf zijn interventie kwalificeert (voeging aan zijde van een procespartij of tussenkomst, door zelf een vordering in te stellen). Het is uitsluitend de rechter die de processuele positie van de buitenstaander bepaalt, aan de hand van diens opstelling in het geding, aldus HR 22 juni 2012, BW9067, welk arrest we ook hierna bespreken onder het kopje Partijperikelen.

De Nederlandse Staat schiet Chili te hulp door zich aan haar zijde te willen voegen in een verzetprocedure, tegen een verstekvonnis waarbij Chili tot betaling van vele miljoenen was veroordeeld (deze verzetprocedure bespraken we al in de kroniek van 2010). In de procedure na cassatie en verwijzing wil de Staat het betoog van Chili over de ontvankelijkheid van haar verzet en de haar toekomende immuniteit van jurisdictie ondersteunen, zulks in het kader van de bijzondere verantwoordelijkheden van Nederland op grond van het volkenrecht. Hof Amsterdam (7 februari 2012, BV7724) stelt voorop dat voor het aannemen van een belang van een derde (bij voeging) als bedoeld in art. 217 Rv voldoende is dat de uitkomst van de procedure de rechtspositie van de derde nadelig kan beïnvloeden (vgl. HR in 2008, BC6692). Het hof oordeelt dat de bijzondere verantwoordelijkheden die op grond van het volkenrecht op Nederland rusten in beginsel een grond kunnen zijn om voeging toe te laten en staat de voeging toe.

M.O.J. de Folter wijst in zijn noot onder Hof Leeuwarden 10 april 2012, BW1656, *JBP* 2012/57 op de vier (of zelfs vijf) toepassingen van het begrip ‘voeging’ in het procesrecht. In deze Friese procedure had een buitenstaander in een procedure een incident tot interventie ingesteld, waarna het hof hem vroeg of hij om tussenkomst of voeging (als partij, in de zin van art. 217 Rv) bedoelde te verzoeken. Daarop trok de buitenstaander zijn incidentele vordering ex art. 217 Rv weer in en diende een vordering tot voeging (van zaken, in de zin van art. 222 Rv) in. Dat incidentele verzoek is niet-ontvankelijk, omdat alleen bestaande partijen bij de procedure deze voeging kunnen vragen; door de intrekking van zijn eerdere vordering was hij buitenstaander

gebleven. In Friesland zeggen ze dan: ‘It kin net.’

Vrijwaring

De Rechtbank Rotterdam (15 augustus 2012, BX 7322) staat niet toe dat X, als gedaagde in een hoofdzaak, haar eventuele veroordeling in een vrijwaringszaak probeert te verhalen op Y. X had namelijk al eerder Y in een zelfstandige procedure gedaagd, met eenzelfde vordering. Met het gelijktijdig twee keer dezelfde rechtsvraag voorleggen aan de rechtbank is sprake van misbruik van procesrecht. X kan de rechtbank niet uitleggen wat de toegevoegde waarde is van – en daarmee: haar belang bij – het op dezelfde gronden aanhangig maken van de vrijwaring, terwijl evident is dat de vrijwaringsprocedure extra kosten veroorzaakt voor Y. Zodoende verklaart de rechtbank X niet-ontvankelijk in haar vorderingen in de vrijwaringsprocedure.

Wanneer een gedaagde een derde bij de procedure wil betrekken door hem in vrijwaring te dagvaarden, is dat alleen in eerste aanleg mogelijk, zo vermeldde we al in de kroniek van 2008 (*Advocatenblad* 2008-10 en 11). Door een derde pas in appel in vrijwaring te dagvaarden wordt deze derde immers een instantie ontnomen (HR in 2007, BB7189). Dit geldt ook wanneer in eerste aanleg het incidentele verzoek tot oproeping in vrijwaring wel is gedaan, maar is afgewezen. Het hof had het herhaalde verzoek in appel dus niet mogen toewijzen, oordeelt de Hoge Raad (20 januari 2012, BT7496). Dit maakt dat een gedaagde in de hoofdzaak dus maar één kans heeft om een derde in vrijwaring op te roepen ten behoeve van een parallel aan de hoofdzaak lopende vrijwaringsprocedure. Wordt zijn incidentele verzoek door de rechtbank afgewezen, dan staat tegen dit (tussen)vonnis immers geen tussentijds hoger beroep open en in appel (samen met de hoofdzaak) is het dus te laat. Dit laat natuurlijk onverlet dat de derde ook in een aparte procedure kan worden aangesproken.

Kort geding

In de zaak die leidde tot Hof Leeuwarden 7 augustus 2012 (BX3730) was in eerste aanleg in kort geding gevorderd dat een door

de wederpartij in een – tussen dezelfde partijen aanhangige – bodemprocedure genomen antwoordakte na getuigenverhoor zou worden ingetrokken. Dit wegens de vermeende onrechtmatigheid daarvan. In de akte zouden ten onrechte beschuldigingen van vervalsingen zijn geuit en verder zou deze akte feitelijk onjuiste en grievende uitlatingen bevatten. De voorzieningenrechter voelde niets voor een veroordeling om de akte in te trekken. Het hof onderschrijft dat oordeel en overweegt dat in het proces van waarheidsvinding in een bodemprocedure in beginsel geen taak voor de kortgedingrechter is weggelegd. Slechts in uitzonderlijke gevallen waarin de onrechtmatigheid evident is en er een spoedeisend belang bestaat bij het onmiddellijk herstellen daarvan, ligt dit anders.

Op grond van art. 73 van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken civiel/familie dient een op schrift gestelde eis in reconventie ter terechtzitting te worden ingediend. Blijkens noot 6 bij dit artikel wordt met deze bepaling duidelijk gemaakt dat de vordering niet kan worden ingesteld als de eisende partij de zaak voor de zitting intrekt. Volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem (8 augustus 2012, BX5909) is de ratio van deze bepaling dat de eiser (in conventie) zich niet te elfder ure met een tegenvordering van de wederpartij geconfronteerd ziet, terwijl hij zijn eigen vordering als gevolg van de intrekking van de zaak juist niet (meer) behandeld wenst te zien. Als de oorspronkelijk eiser – zoals in deze zaak – expliciet aangeeft dat de intrekking slechts betrekking heeft op de bij dagvaarding door hem ingestelde vordering en zich ten aanzien van de reconventionele eis refereert aan het oordeel van de rechter, ligt het volgens de voorzieningenrechter anders en volgt er (dus) een zitting voor de beoordeling van de vordering in reconventie.

In de literatuur werd al, mede vanwege een HR-arrest uit 1966 met betrekking tot het tenietdoen van een non-concurrentiebeding (*NJ* 1966/301), aangenomen dat de aard van het kort geding in de weg staat aan het wijzen van een constitutief vonnis waarin de rechter een overeenkomst wijzigt of ontbindt. De Hoge Raad bevestigt dit nu in zijn arrest van 6 april 2012 (BV6727).

Kosten

Buitengerechtelijke incassokosten

Als de rechter gevorderde buitengerechtelijke incassokosten forfaitair berekent op basis van de aanbevelingen in het Rapport Voorwerk II, dan ontslaat hem dit niet van de verplichting om te beoordelen of het gevorderde bedrag ook 'redelijk' is in de zin van art. 6:96 lid 2 sub c BW. Aldus leert HR 27 april 2012, BV6690. Zie in dit verband ook J. Langbroek in het *Advocatenblad* van 17 mei 2012 (pag. 24-26) over het per 1 juli 2012 gewijzigde art. 6:96 BW en het bijbehorende besluit.

Griffierecht

De heffing van griffierechten is weliswaar te beschouwen als een beperking van het recht op toegang tot de rechter, maar die beperking is niet onverenigbaar met art. 6 EVRM, zolang het daardoor gegarandeerde recht niet in de kern wordt aangetast (zie HR 27 januari 2012, BV2020).

Voordat de rechter een sanctie toepast wegens niet-tijdige betaling van het griffierecht, zal hij de desbetreffende procespartij eerst de gelegenheid moeten bieden zich erover uit te laten of mogelijk gronden bestaan voor toepassing van een hardheidsclausule (zie HR 10 februari 2012, BU7255). Het achterwege laten daarvan is in Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012 (BW2291) aanleiding voor het doorbreken van het appelverbod van art. 127a lid 4 Rv. De sanctie dat de gedaagde van instantie wordt ontslagen als eiser het griffierecht niet tijdig betaalt, dient – in de woorden van het hof – geen enkel procesbelang, maar is er slechts op gericht het incassorisico van de Staat te beperken. Indien een procespartij op deze grond de verdere toegang tot de rechter wordt onthouden, moeten volgens het hof aan de motivering van die beslissing zware eisen worden gesteld.

De Hoge Raad beslist in zijn arrest van 20 januari 2012 (BU9210) dat ziekte op de administratie van een advocatenkantoor de te late betaling van het griffierecht niet verschoonbaar maakt. Dat geldt blijkens hetzelfde arrest ook voor het ontbreken van een mededeling over het rechtsgevolg van niet-tijdige betaling van het griffierecht op de nota ter zake. En als de advocaat

überhaupt geen nota heeft ontvangen en evenmin een betalingsherinnering, dan zal deze toch echt zelf actie moeten ondernemen om in het bezit te komen van de voor betaling benodigde gegevens (zie HR 10 februari 2012, BU5603). In HR 16 maart 2012 (BU7361) beslist hij dat een advocaat zich er ook niet op kan beroepen dat hij geen acceptgiro heeft ontvangen, terwijl in de griffierechtnota wel stond dat deze nog zou worden verzonden. Staan er echter in de griffierechtnota onjuiste of verwarringwekkende mededelingen (zoals met betrekking tot het aanvangsmoment van de betalingstermijn), dan is de niet-tijdige betaling wél verschoonbaar (zie HR 10 februari 2012 in BV3556, BU7359 en BU9900). Op een dergelijke mededeling kan een advocaat zich natuurlijk niet beroepen als hij ook stelt geen nota te hebben ontvangen en dus niet op het verkeerde spoor kán zijn gezet (zie HR 10 februari 2012, BU7353). De omstandigheid dat de betalingstermijn is overschreden ten gevolge van het feit dat een eerdere betalingsopdracht door de (eigen) bank niet is uitgevoerd, komt voor rekening en risico van de betalingsplichtige (zie HR 10 augustus 2012, BW8295). Dat geldt blijkens HR 23 maart 2012 (BV3409) ook voor miscommunicatie tussen advocaat en cliënt over de betaling van het griffierecht door de cliënt zelf.

Als de rechter de niet-tijdige betaling van het griffierecht bestraft met een niet-ontvankelijkheidsoordeel, voorziet de wet niet in een ander regime met betrekking tot de verschuldigheid van het griffierecht. Dit moet dan dus gewoon alsnog betaald worden ondanks dat de zaak niet in behandeling wordt genomen (zie HR 2 november 2012, BX5578). Dit terwijl het griffierecht nu juist bedoeld is als bijdrage in de kosten van behandeling van de zaak (zie *Kamerstukken II 2008/2009*, 31 758, nr. 3, p. 1).

De wetgever heeft nagelaten zaken met betrekking tot de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (BOPZ) op te nemen in de opsomming van zaken die van de heffing van griffierecht zijn vrijgesteld. De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 30 maart 2012 (BV7679) dat dit op een misslag berust en dat de ontheffing ook voor BOPZ-zaken geldt. Daarvoor bestaat een klemmende grond, omdat het hier gaat

om procedures met betrekking tot maatregelen die vrijheidsbeneming meebrengen voor het bestrijden waarvan volgens hem geen financiële drempels behoren te worden opgeworpen.

Ondanks dat de factuur voor het griffierecht aan de aandacht van de advocaat is ontsnapt, acht het Hof Leeuwarden (13 november 2012, BY4319) diens cliënte toch ontvankelijk in het appel tegen de intrekking van de ondercuratelestelling van haar zoon. Volgens het hof is hierbij de aard van de procedure van belang en overweegt hij vooruit te lopen op toekomstig nieuw beleid bij de hoven in verzoekschriftprocedures in familiezaken (dat overigens inmiddels is vastgelegd in het aangepaste art. 1.1.13 van het per 2 april 2013 geldende Procesreglement verzoekschriftprocedures familiezaken gerechtshoven).

Hoe vaak gaat het eigenlijk fout door de niet-tijdige betaling van het griffierecht? Op een totaal van 1,1 miljoen civiele zaken per jaar, die onder het bereik van de Wet griffierechten in burgerlijke zaken vallen, stranden ongeveer duizend zaken vanwege de niet-tijdige betaling (zie T.S. Smitt, *Advocatenblad* april 2013, pag. 43). Waarschijnlijk zullen zich minder 'ongelukken' voordoen met betrekking tot de tijdige betaling van griffierecht zodra een landelijk rekening-courantsysteem is ingevoerd. Het verschuldigde griffierecht wordt bij de deelnemers aan deze regeling namelijk als onmiddellijk betaald beschouwd (zie art. 7 Landelijke regeling rekening-courant griffierechten). In 2012 is de invoering van dit systeem om technische redenen twee keer uitgesteld. Men streeft nu naar invoering per 1 januari 2014.

Proceskosten

In de zaak die leidde tot HR 6 april 2012 (BV7828) maakte Achmea in reconventie jegens een verzekerde café-exploitant aanspraak op vergoeding van de door haar werkelijk gemaakte proceskosten. Achmea stelde zich op het standpunt dat – kort gezegd – het bedrijf dat het café exploiteert zonder grond tegen haar was gaan procederen ter zake van brandschade in het café, nu bleek dat haar bestuurder de opdracht voor het stichten van de brand had gegeven. Op die grond zag de café-exploitant de door haar ingestelde verzekeringsclaim zowel bij de rechtbank als

het hof stranden. Het door haar daarover in cassatie aangevoerde bezwaar verwerpt de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO. Achmea stelde incidenteel cassatieberoep in met betrekking tot haar in beide instanties afgewezen reconventionele vordering tot vergoeding van haar werkelijk gemaakte proceskosten. Voor wat betreft deze tegenvordering achtte het hof het toelaatbaar dat de café-exploitant een – later onjuist gebleken, althans als onjuist beoordeeld – feitelijk standpunt omtrent de brand verdedigde. De Hoge Raad onderschrijft dat. Voor een dergelijke kostenveroordeling moet sprake zijn van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is volgens hem pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had moeten blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als de café-exploitant haar vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan zij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (zie HR 29 juni 2007, BA3516; zie ook de kroniek van 2007, *Advocatenblad* 2007-6 en 7). Ook past er volgens de Hoge Raad – vanwege het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM – terughoudendheid bij de honorering van dergelijke vorderingen. Dat de rechtbank en het hof hier de brandstichting bewezen hebben geacht, brengt volgens hem dan ook niet zonder meer mee dat ook de vereiste mate van zekerheid is verkregen over het gestelde misbruik.

In familiezaken hoeft niet altijd een proceskostencompensatie te volgen. Zie Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2012, BV8184. Zie in dit verband ook het artikel 'Proceskostenveroordeling in familierecht: gewoon doen!' van L.H.M. Zonnenberg in *EB* 2012/45.

Partijperikelen

Heineken huurde een horecapand van Zeedijk en had dat pand onderverhuurd aan Damu. Die liet op haar beurt verschillende exploitanten in het pand een nachtcafé uitbaten. De achtereenvolgende

exploitanten namen het niet zo nauw met sluitingstijden en de nachtrust van omwonenden. Zeedijk heeft daarom de huurovereenkomst met Heineken opgezegd. Heineken berustte daar niet in. Zeedijk is daarop een kantonprocedure gestart. Damu heeft daarin geïntervenieerd en zichzelf als tussenkomende partij gekwalificeerd. De stellingen van Damu strekten echter tot ondersteuning van het standpunt van Heineken. Die opstelling maakte dat de rechter oordeelde dat sprake was van voeging, in plaats van tussenkomst. Dat Damu zichzelf anders kwalificeerde, doet daar niet aan af. Ondanks dat Damu niet naast Heineken in appel verscheen, mocht de appelrechter de ondersteunende stellingen van Damu, op grond van de devolutieve werking, wél in de rechtsstrijd betrekken, voor zover die stellingen niet strijdig waren met de stellingen van Heineken (HR 22 juni 2012, BW9067).

De curator van Yukos Oil had in een Nederlandse procedure een rechtsmiddel ingesteld van een veroordelend vonnis. Hangende het appel heeft de Russische rechter het faillissement van Yukos beëindigd. Daardoor heeft de curator zijn hoedanigheid verloren. In het daaropvolgende door de curator ingestelde cassatieberoep verklaart de Hoge Raad de curator vanwege het verlies van zijn hoedanigheid niet-ontvankelijk (HR 29 juni 2012, BU5630). De stelling van de curator dat hij in hoedanigheid van voormalig curator danwel in privé cassatieberoep instelde, kan hem niet baten. Ook in het door de curator ingestelde hoger beroep, dat reeds aanhangig was

voordat hij zijn hoedanigheid verloor, had het hof de curator volgens de Hoge Raad niet-ontvankelijk moeten verklaren. Een eventuele veroordeling van de curator in hoedanigheid zou immers op geen enkele manier meer ten uitvoer gelegd kunnen worden; het belang van de curator bij het hoger beroep was komen te ontbreken. Deze overweging is in zoverre opvallend, nu een verandering in status van een procespartij (onder meer overlijden, fusie) voor een lopende instantie doorgaans geen gevolgen heeft; de instantie mag nog in de 'oude hoedanigheid' worden afgemaakt (zie art. 225 lid 2 slot Rv).

Van den Berg heeft tegen Fort B.V. en Veeningen, als directeur van Fort, geprocedeerd over de nakoming van een koopovereenkomst, waarbij (kennelijk) onduidelijk was wie feitelijk contractspartij was geworden. In eerste aanleg is Veeningen veroordeeld tot nakoming, de vordering jegens Fort is niet-ontvankelijk verklaard. De appeldagvaarding vermeldt abusievelijk Fort als appelland. Op de dag voor de aangezegde roldatum, maar na ommekomst van de appeltermijn, wordt een herstelexploot uitgebracht waardoor Fort als appelland wordt vervangen door Veeningen. Hof Leeuwarden (16 oktober 2012 (BY0608)) aanvaardt deze reparatiemethode, in weerwil van de bezwaren van Van den Berg. Het hof oordeelt dat voor Van den Berg kenbaar sprake was van een vergissing en dat Van den Berg door die vergissing en het tijdige herstel daarvan niet is benadeeld. Zodoende geldt Veeningen in plaats van Fort als appelland. Om

Zielte uit
blik...



Hoe benijgt
je dat?

Van den Berg evenwel niet te beroven van zijn mogelijkheid van incidenteel appel in de oorspronkelijk door Fort ingeleide appelprocedure, vervalt de aanhangigheid van dat appel niet: Fort en Veeningen gelden beide als appellants.

Pleidooi

In zijn arresten van 27 januari 2012 (BU7524 en BU8513) bevestigt de Hoge Raad zijn in de vorige kroniek al besproken arrest van 2 december 2011 (BT7596) over het principiële recht van partijen op pleidooi, (ook) in hoger beroep. De Hoge Raad oordeelt op 28 september 2012 (BX0598) dat óók in incidenten in beginsel recht op pleidooi bestaat.

Schadestaat-procedure

Ook al vraagt eiser alleen een verklaring van recht en verwijzing naar een schadestaatprocedure, dan kan de rechter de schade toch al direct in de hoofdzak begroten, zo bevestigt de Hoge Raad op 3 februari 2012 (BU4914). Deze bevoegdheid bestaat wanneer de rechter het beginsel van hoor en wederhoor in acht heeft genomen, het partijdebat dit toelaat en er voldoende is gesteld en is komen vast te staan om te kunnen veroordelen tot vergoeding van een bepaald bedrag (zie HR 16 april 2010, BL2229; zie ook de kroniek van 2010).

Uitspraak

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Op 1 juli 2012 is het nieuwe art. 392 Rv in werking getreden. Sindsdien kunnen rechters prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad stellen. De vraag moet gaan over de uitleg van een rechtsregel en moet zich voordoen in een concrete zaak. Verder is voorwaarde dat er relevantie is voor een groot aantal vergelijkbare of samenhangende zaken. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht heeft op 3 augustus 2012 (BX3391) het voortouw

genomen en stelde in een zogenoemd deurwaarderskortgeding (art. 438 lid 4 Rv) de vraag of een grosse van een tussen partijen opgemaakte notariële hypotheekakte tevens een executoriale titel in de zin van art. 430 Rv oplevert voor na de uitwinning van het hypotheekrecht overgebleven restantvorderingen uit hoofde van de overeenkomsten van geldlening, die ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte reeds bestonden. Het niet in dit kroniekjaar – maar in 2013 – gegeven ontkennende antwoord van de Hoge Raad mag natuurlijk niet onvermeld blijven (zie HR 8 februari 2013, BY4889). Ook niet onvermeld mag blijven dat alle prejudiciële vragen, alsmede de fase waarin de beantwoording zich bevindt, worden gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (Zie onder ‘Organisatie > Hoge Raad > Prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad > Gestelde prejudiciële vragen.’).

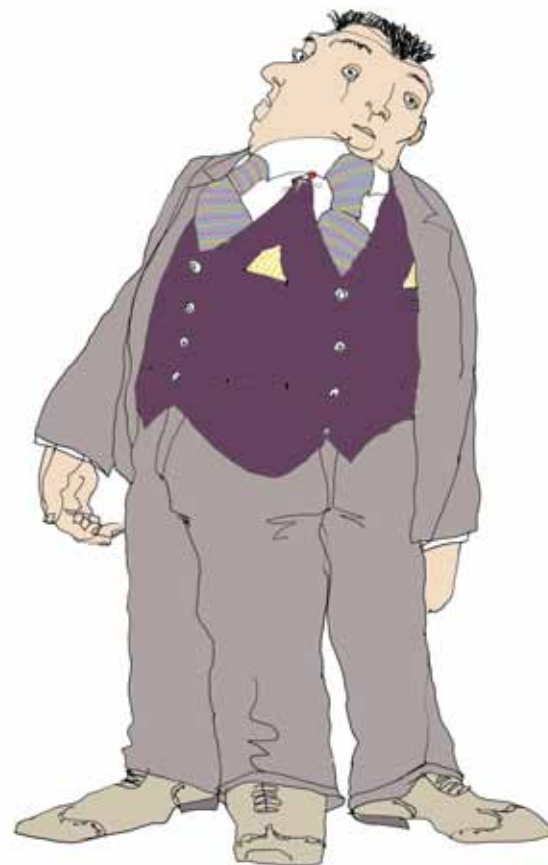
Artikelen 31 en 32 Rv

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo (29 maart 2012, BW0543) krijgt het verzoek om een herstelvonnis te wijzen en aldus een adres te verbeteren in een ontruimingsvonnis na een foutieve vordering ter zake in de dagvaarding. Hij stelt voorop dat er hier geen sprake is van een kennelijke reken- of schrijffout of een verzuim om op een deel van het gevorderde te beslissen, zodat er naar de letter van de artt. 31 en 32 Rv dan ook geen mogelijkheid is tot verbetering of aanvulling. Toch brengt volgens hem een redelijke toepassing van art. 31 Rv met zich dat de gevraagde verbetering van het adres wel toewijsbaar is. Zie in dit verband ook HR 13 april 2012 (BV5549) waarin hij (juist) oordeelt dat een onjuiste rechterlijke beslissing ten aanzien van de vraag of het griffierecht tijdig is betaald niet onder het toepassingsbereik van deze herstelregel valt.

Verstek/verzet

Niet de vorm, maar de inhoud is beslissend: een vonnis dat de rechtbank ten onrechte als een verstekvonnis wijst – gedaagden, appellants in hoger beroep, hadden het verleende verstek tijdig gezuiverd – geldt als een vonnis op tegenspraak, waartegen

Wij zijn geboren uit
een herstel-exploot...
Kunt U ons nog uit
elkaar houden?



hoger beroep openstaat (Hof 's-Hertogenbosch, 18 september 2012, BX7987).

De curator dagvaardt de feitelijk bestuurder (natuurlijk persoon) en rechtspersoon-bestuurder wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (vgl. art. 2:248 BW). Tegen de rechtspersoon-bestuurder wordt verstek verleend. De feitelijk bestuurder verschijnt wel en voert succesvol verweer dat het faillissement niet is veroorzaakt door het kennelijk onbehoorlijk bestuur maar dat een andere externe oorzaak tot het faillissement heeft geleid. Om die reden komt de vordering tegen de niet-verschenen rechtspersoon-bestuurder Rechtbank 's-Gravenhage (4 april 2012, BW3128), in het kader van de verstektoets van art. 139 Rv, ongegrond voor, zodat zij deze eveneens afwijst (zie HR 28 mei 1999, NJ 2000/290).

Op 4 maart 2012 oordeelt Rechtbank Amsterdam (BW4373) dat betekening op 17 juni 2011 van een verstekvonnis van 25 mei 2011 tegen de Ontvanger aan de mede-werkster van de receptie op het in dwangbevelen genoemde belastingkantoor, maakte dat kon worden geveerd dat de

Ontvanger eerder dan bij dagvaarding van 8 november 2011 daartegen verzet instelde. De rechtbank verklaart het verzet niet-ontvankelijk wegens overschrijding van de verzettermijn. Op 10 oktober 2012 oordeelde Rechtbank 's-Gravenhage (BY1631) evenwel dat een vergelijkbare wijze van betekening niet geldt als een betekening aan de Ontvanger in persoon, nu daarvoor is vereist dat betekening plaatsvindt aan de bij ministeriële regeling als zodanig aangewezen functionaris. Dat was niet gebeurd, zodat de Ontvanger tijdig in verzet is gekomen van het verstekvonnis nadat hij daarmee bekend was geworden (art. 143 lid 2 Rv).

De gedaagde die, na in eerste aanleg te zijn verschenen, in hoger beroep verstek laat gaan, moet erop bedacht zijn dat een inhoudelijk beoordeling van de grieven van eiser, met inbegrip van de devolutieve werking, plaatsvindt. Stelt gedaagde naderhand alsnog verzet in, dan kan het hof, buiten de verzetgronden om, tot een andere, en wellicht voor opposant zelfs

ongunstiger, beoordeling van de grieven komen dan de verstekrechter eerder deed (Hof 's-Hertogenbosch, 20 maart 2012, BY1160⁵, JBPr 2012, 55). Waar het verrekeningsverweer van opposant tot tweemaal toe slaagde, verwerpt het hof dat in de verzetprocedure alsnog. Annotator Vos waarschuwt de niet-verschenen geïntimeerde die in verzet wil komen tegen een verstek-arrest zich dus niet alleen te beraden op hetgeen hij te winnen heeft bij het voeren van verweer in hoger beroep/het instellen van incidenteel appel, maar ook op de eventuele risico's van een herbeoordeling van de grieven in het principaal appel.

Wijziging van eis

Art. 129 Rv bepaalt dat eiser, zolang geen eindvonnis is gewezen, te allen tijde zijn eis kan verminderen. In zijn arrest van 22 juni 2012 (BW5695) oordeelt de Hoge

Raad dat een eisvermindering in zaken met verplichte procesvertegenwoordiging niet kan plaatsvinden door een verklaring van een procespartij ter zitting. Een eisvermindering moet bij conclusie of akte plaatsvinden. Dat kan ook een door de procesvertegenwoordiger ter zitting verzochte mondelinge akte zijn.

Tegen een vordering tot betaling van de jaarlijkse vergoeding voor incassowerkzaamheden verweert gedaagde zich met de stelling dat hij de overeenkomst kort na het aangaan heeft opgezegd wegens wanprestatie van eiseres. Hangende de procedure start een nieuw contractjaar, waardoor de jaarlijkse vergoeding opnieuw verschuldigd wordt. Eiseres vermeerdert haar eis dienovereenkomstig. De Hoornse kantonrechter (5 november 2012, BY6560) wijst de vordering tot betaling van eenmaal de jaarvergoeding toe, maar wijst de tweede – na eisvermeerdering – gevorderde jaarvergoeding af. Eiseres had het verweer van gedaagde als een opzegging moeten begrijpen. Nu deze opzeg-

⁵ Niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.



ging voldeed aan de daarvoor geldende eisen in de algemene voorwaarden van eiseres, geldt de overeenkomst als rechts-geldig opgezegd en is de tweede jaarver-goeding niet verschuldigd geworden.

Wraking

‘Een schop kun je krijgen,’ grapte de rechter tegen de man die in het kader van zijn boedelscheiding specifieke toedelingswensen had bij de verdeling van het tuingereedschap. Ondanks de opmerking van de man dat hij niet gediend was van grappen ter zitting, ging de rechter door met (in diens bewoordingen) ‘kenbare absurditeiten’, waarop een wrakingsverzoek volgde. De Rechtbank Maastricht wijst dat toe (23 mei 2012, BX3771); door ook na het door de man geuite ongenoegen grappen te blijven maken, heeft de rechter onvoldoende vermeden, althans bewust het risico op de koop toe genomen dat bij de man de schijn van partijdigheid kon ontstaan. Daarmee is de vrees van de man dat het de rechter aan onpartijdigheid ontbrak objectief gerechtvaardigd.

Een andere noemenswaardig en (door de Rechtbank Utrecht, op 20 maart 2012, BW1250) toegewezen wrakingsverzoek betreft een ‘opeenstapeling’ van factoren, waardoor een partij zich tijdens de zitting, die vanaf het begin al stroef verliep, ‘niet gehoord’ voelde. Daardoor was bij hem de objectief gerechtvaardigde vrees van schijn van partijdigheid gewekt. De wrakingskamer stelt weliswaar voorop dat het in civiele zaken niet ongebruikelijk is dat een rechter ter zitting partijen confronteert met inconsistenties in redeneringen en partijen kritisch ondervraagt over de door hen ingenomen standpunten, maar dat toch steeds de nodige welwillendheid moet worden betracht en de rechter ervoor moet waken dat hij door zijn vraagstelling de indruk kan wekken zich reeds – voordat partijen hun standpunten uiteen hebben kunnen zetten – een (definitief) oordeel te hebben gevormd. H.M. ten Haaf in TCR 2012/4 parafraseert de wrakingskamer: rechters moeten ter zitting een open sfeer creëren, maar het debat mag wel degelijk

kritisch zijn. Eenzelfde benadering blijkt uit Rechtbank Maastricht (28 december 2012, BY7403): hoewel de beleving van de wrakende partij en van de rechter over de gebeurtenissen ter zitting verschillen, is duidelijk dat de ergernis van de rechter ter zitting een dusdanige vorm heeft aangenomen dat zij kenbaar was voor deze partij (door het rood aanlopen van de rechter en het enkele keren met stemverheffing spreken). Daardoor is bij de wrakende partij de vrees ontstaan dat de rechter jegens haar vooringenomenheid koestert.

Ook het aansturen op een schikking is een kwestie van doseren, vindt de Rechtbank Roermond (24 april 2012, BW5064). Op zichzelf heeft de rechter een grote mate van vrijheid partijen te stimuleren om tot een schikking te komen, indien hij van

mening is dat, gelet op de belangen van partijen, een schikking de voorkeur heeft boven een rechterlijke uitspraak. Het uitoefenen van een aanzienlijke mate van druk om een schikking te bewerkstelligen, zeker als die druk voornamelijk tegen één van de partijen is gericht, kan evenwel de schijn van vooringenomenheid wekken. Wanneer, zoals in dit geval, sprake is van het langdurig en meermalen aanzetten tot het aangaan van een schikking, hoewel een partij heeft aangegeven daartoe niet bereid te zijn, in combinatie met de aan deze partij gerichte uitlatingen dat ‘de zaak stinkt’ en dat zijn advocaat problemen kan krijgen met de Orde van Advocaten als de zaak niet geregeld zou worden, bestaat aanleiding om het wrakingsverzoek te honoreren. <<

(advertentie)



**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