

Kroniek Burgerlijk Procesrecht

Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken die in 2013 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: *Hoor en wederhoor* » *Openbaarheid zitting* » *Varia* » *Arbitrage en bindend advies* » **Beslag:** *Bewijsbeslag in niet-IE-zaken* » *Deformalisering en beslag* » *Voorlopig beslagverlof* » *Vormerkung* » *Bevoegdheid* » **Bewijs:** *Bewijslast(verdeling)* » *Bewijsmiddelen* » *Getuigenbewijs* » *Deskundigenbericht* » *Voorlopig deskundigenbericht* » **Dagvaarding** » **Executie:** *Dwangsom* » *Executiegeschil/misbruik van (proces)recht* » *Executoriale titel* » *Exequatur* » **Exhibitieplicht** » **Gezag van gewijsde** » **Hoger beroep:** *Aanzegging partijperemptoir/akte niet-dienen* » *Appelabiliteit* » *Appeltermijn/beroepstermijn* » *Devolutieve werking* » *Grenzen van de rechtsstrijd* » *Incidenteel appel* » *Nova in appel* » *Ontvankelijkheid* » *Samenloop verzet en hoger beroep* » *Schorsing van de tenuitvoerlegging (art. 351 Rv)* » *Sprongcassatie* » *Varia* » **Incidenten:** *Voeging en tussenkomst* » *Vrijwaring* » **Kort geding** » **Kosten:** *Buitengerechtelijke kosten* » *Griffierecht* » *Proceskosten* » **Partijperikelen** » **Pleidooi** » **Schadestaatprocedure** » **Uitspraak:** *Termijn van verjaring rechterlijke uitspraak* » *Varia* » **Verstek/Verzet** » **Verzoekschriftprocedure** » **Wijziging van eis** » **Wraking**

¹ Specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie worden buiten beschouwing gelaten. Bij de vermelding van uitspraken is de aanduiding 'ECLI:NL:' achterwege gelaten.

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

ALGEMENE BEGINSLEN

Hoor en wederhoor

In art. 85 lid 2 Rv staat vermeld dat van een overgelegde productie inzage 'in het stuk zelf' kan worden verlangd. Veelal zal dat de originele productie zijn. Stel dat een partij daar bijvoorbeeld niet over beschikt, staat het de rechter dan toch vrij rekening te houden met enkel het afschrift? Volgens HR 22 november 2013³ is dat het geval, mits duidelijk is dat de wederpartij zich over de inhoud daarvan voldoende heeft kunnen uitlaten.

Openbaarheid zitting

Per 1 januari 2013 is art. 803 Rv in overeenstemming gebracht met art. 6 EVRM en de daaraan door het Europees Hof gegeven uitleg, zonder verandering te brengen in het uitgangspunt dat zaken betreffende het personen- en familie-recht in beginsel met gesloten deuren worden behandeld.⁴ Blijkens het nieuwe lid 2 van art. 803 Rv kan de rechter op dit uitgangspunt een uitzondering maken indien zwaarwegende belangen bij openbaarheid daartoe aanleiding geven. De wetgever spreekt echter de verwachting uit dat de rechter slechts zelden een beroep op art. 803 lid 2 Rv zal honoreren, omdat aan zaken betreffende het personen- en familierecht inherent is dat de belangen van minderjarigen of het belang bij eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van belanghebbenden eraan in de weg staan dat de behandeling van de zaak openbaar is.⁵ Zie ook hierna sub Kort geding.

Varia

In Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2013⁶ had de advocaat van appellante in zijn memorie van grieven verwezen naar een door zijn cliënte zelf geschreven aange-



hecht commentaar met vijftien bijlagen. Dit onder de vermelding dat de inhoud daarvan geldt als in de memorie van grieven letterlijk herhaald en ingelast. Het hof is daar duidelijk niet van gecharmeerd en geeft aan dat het niet zelf (gissenderwijs) stellingen zal putten uit het eigen commentaar en/of de bijlagen van appellante. Hij overweegt dat als uitgangspunt geldt dat een procespartij haar stellingen voldoende kenbaar en duidelijk in haar processtukken moet laten innemen door haar (hiertoe verplicht ingeschakelde) advocaat. Eind oktober 2013 zijn in het kader van het Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) ingrijpende plannen voor de digitalisering en vereenvoudiging van civiele procedures ter consultatie voorgelegd.⁷ De beoogde datum van inwerkingtreding is 1 juli 2015. Sterk samengevat leiden de voorgenomen wijzigingen tot:

- een vereenvoudiging van het burgerlijk procesrecht (er komt één basisprocedure met een vast stramien);
- facilitering van meer regievoering door de burgerlijke rechter;
- digitalisering van procedures;

- een zekere harmonisatie van het burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht.

De op internet geplaatste reacties zullen naar verwachting tot (de nodige) aanpassingen leiden. Dat geldt ook voor hetgeen naar voren is gekomen tijdens de aan deze plannen gewijde najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht. Zie ook de door Van Dam-Lely in TCR 2014/1 opgemaakte bewerking van het daarvan gemaakte verslag dat samen met de tekst van de inleidingen zal worden opgenomen in een nog te verschijnen uitgave van de Nederlandse Vereniging van Procesrecht. Zie in dit verband verder Hammerstein⁸ die op www.verderdenken.nl de verwachtingen ten aanzien van een aantal vernieuwingsinitiatieven tempert. Hij pleit voor iets meer belangstelling voor kwaliteit en iets minder voor innovatie. In moeilijke zaken kan volgens Hammerstein de civiele procedure niet simpel en snel zijn, hetgeen hem tot de volgende beeldspraak brengt: je

3 HR:2013:1384.

4 Stb. 2012, 290.

5 Zie *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 856, nr. 3, p. 5.

6 GHSHE:2013:BZ6632.

7 Zie <http://www.internetconsultatie.nl/kei>.

8 J.H. van Dam-Lely, 'Procesinnovatie: KEI goede ideeën? Verslag van de najaarsvergadering 2013 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2014, afl. 1, p. 38-44.

vraagt aan een hartchirurg toch ook niet om de operatie maar in de helft van de tijd te doen?

Arbitrage en bindend advies

In de kroniek van 2010 bespraken we de vernietiging door de Rechtbank Utrecht⁹ van een arbitraal vonnis in een ontslagkwestie tussen een arts en het Slotervaart Ziekenhuis. Het scheidsgerecht had regels van goede procesorde en fundamentele beginselen van procesrecht geschonden door zijn vonnis te baseren op een onderzoeksrapport dat partijdig was en pas vlak voor de zitting aan de arts ter beschikking was gesteld. In appel ging de vernietiging door de rechtbank weer onderuit omdat het hof vond dat het scheidsgerecht niet alleen op grond van dit onderzoeksrapport maar ook uit eigen waarneming had beslist. Onzin, vindt de Hoge Raad¹⁰ op 12 juli 2013; uit het arbitrale vonnis blijkt duidelijk hoeveel betekenis het scheidsgerecht aan het onderzoeksrapport heeft toegekend. Daarom kan het arbitrale vonnis niet in stand blijven. Deze ‘ping pong-wedstrijd’ tussen arts en ziekenhuis gaat nog verder: de Hoge Raad verwijst de zaak naar weer een ander hof. Voor de arbitragepraktijk is de les uit deze zaak dat de plicht van arbiters (op grond van art. 1039 Rv) om te borgen dat partijen gelijk worden behandeld ook inhoudt dat arbiters erop toezien dat deskundigen die in de procedure (onderzoeks)rapporten uitbrengen partijen op voet van gelijkheid behandelen.

Een firma uit Liechtenstein was in een arbitraal vonnis in het ongelijk gesteld in een procedure tegen een werknemer. Dit vonnis werd vernietigd door de Rechtbank Arnhem omdat de werknemer de arbeidsovereenkomst (met daarin de arbitrageclausule) met een andere firma had gesloten. Zonder geldige arbitrageclausule hadden de



arbiters zich dus niet bevoegd mogen verklaren. Natuurlijk wilde de werknemer dat het (voor hem gunstige) arbitrale vonnis in stand bleef en stapte naar het Hof Arnhem-Leeuwarden,¹¹ die de vernietiging toch bekrachtigt. In incidenteel appel probeerde de firma uit Liechtenstein het hof nog te verleiden tot een uitspraak dat er ook andere gebreken kleefden aan het arbitrale vonnis; dit om de arbiters te kunnen aanspreken wegens onregelmatigheden in de arbitrale procedure. Die poging faalt. Een vernietigingsprocedure strekt er niet toe eventueel onrechtmatig handelen van arbiters vast te stellen. Daarbij zijn de arbiters niet eens partij in de vernietigingsprocedure.

Het geschil over de bouw van een spoorlijn in de Turkse stad Bursa tussen een Turkse aannemer en een Turks/Duits consortium was voorgelegd aan arbiters, met zetel Den Haag. De Turkse aannemer verloor de arbitrageprocedure. Hij meldde zich vervolgens bij de Nederlandse overheidsrechter om het arbitrale vonnis aan te vechten. Hij deed dat echter met een niet goed doordachte

dagvaarding. Dit leidt tot HR 22 maart 2013¹² met daarin de precisering van de regel dat de dagvaarding voor de vernietigingsprocedure de vernietigingsgronden moet bevatten, maar dat de uitwerking daarvan later mag volgen. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat de gronden in de dagvaarding wel precies moeten worden geformuleerd. Als een partij – zoals de Turkse aannemer hier had gedaan – in de dagvaarding bezwaren aanvoert tegen één bepaalde beslissing in het arbitrale vonnis, dan kan hij met die bezwaren niet naderhand ook een andere beslissing in het vonnis aanvechten.

De indiening op 15 april 2013 van het Wetsvoorstel modernisering arbitrage-recht bij de Tweede Kamer (33 611) was aanleiding voor verschillende artikelen over met name de tenuitvoerlegging en de vernietiging van arbitrale vonnissen. Een puntsgewijze vergelijking tussen huidig en (mogelijk) komend recht staat in TvA 2013/37 van de hand van Bitter en Schellaars: ‘De tenuitvoerlegging, vernietiging en herroeping van arbitrale vonnissen naar huidig en naar wordend

9 4 augustus 2010, RBUTR:2010:BN3804.

10 HR:2013:CA0259.

11 24 september 2013, GHARL:2013:7057.

12 HR:2013:BY8099.

recht'. Het WPNR wijdde (op 25 januari 2014, nr. 7003) een themanummer aan arbitrage en bindend advies. Daaruit bevelen we met name lezing aan van het artikel van Meijer en Van Mierlo 'Aantasting van arbitrale vonnissen' en het duidelijke overzichtsartikel over bindend advies van Ernste 'De vernietiging en tenuitvoerlegging van een bindend advies'.

BESLAG

Bewijsbeslag in niet-IE-zaken

Een vraag die rechtspraak en literatuur geruime tijd verdeeld hield, is of het leggen van bewijsbeslag ook in niet-IE-zaken mogelijk is. Zoals wij in de kroniek van vorig jaar reeds bespraken, heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam eind 2012 hierover enkele prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. Naar aanleiding van deze vragen heeft de Hoge Raad op 13 september 2013¹³ arrest gewezen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is bewijsbeslag ook in niet-IE-zaken mogelijk. De artt. 730 en 843a Rv bieden voldoende grondslag voor een dergelijk beslag en de artt. 1019a lid 1 en 3, 1019b leden 3 en 4 en 1019c Rv (die betrekking hebben op het leggen van bewijsbeslag in IE-zaken) zijn, voor zover nodig, van overeenkomstige toepassing. In zijn arrest formuleert hij diverse uitgangspunten. Zo dient het beslagrekest bijvoorbeeld mede te worden getoetst aan de criteria van art. 843a Rv en geeft het beslagverlof geen verdergaande aanspraken dan de *bewaring* van de in beslag genomen bescheiden. Niet het enkele verlof noch de enkele beslaglegging zelf geeft de beslaglegger dus recht op afgifte, inzage of afschrift.

Deformalisering en beslag

In de zaak die leidde tot HR 4 oktober 2013¹⁴ was abusievelijk niet de werke-

lijke vestigingsplaats van de beslaglegger in het beslagexploot vermeld, maar die van zijn vertegenwoordiger. De beslagene stelde zich vervolgens op het standpunt dat het beslag nietig zou zijn, aangezien art. 440 Rv bepaalt dat het beslagexploot op straffe van nietigheid de woon- of vestigingsplaats van de beslaglegger moet vermelden. In reactie daarop beriep de beslaglegger zich op art. 66 Rv, dat bepaalt dat de niet-naleving van hetgeen in afdeling 1.6 Rv is voorgeschreven, slechts nietigheid meebrengt voor zover aannemelijk is dat degene voor wie het exploit is bestemd, door het gebrek onredelijk is benadeeld. Waar de beslaglegger echter tegen aanliep, is dat art. 440 Rv niet in de genoemde afdeling 1.6 Rv staat. De Hoge Raad maakt daar geen punt van: het gaat volgens hem bij art. 66 Rv om een algemeen beginsel dat van overeenkomstige toepassing is op vormvoorschriften met betrekking tot beslagexplooten. In het onderhavige geval was sprake van een gebrek in de *inhoud* van het exploit. Onduidelijk blijft of art. 66 Rv ook van toepassing is op de verschillende sancties voor het niet-naleven van *termijnen* rondom het leggen van beslag. Vgl. bijvoorbeeld art. 700 lid 3 Rv, dat bepaalt dat het beslag vervalt indien de eis in de hoofdzaak niet tijdig wordt ingesteld. Voor een lezenswaardige analyse wordt verwezen naar de noot van Steneker in *JOR* 2013/353 onder dit arrest.

Voorlopig beslagverlof

In de Beslagsyllabus wordt het voor mogelijk gehouden om in bepaalde gevallen en onder bepaalde omstandigheden *voorlopig* verlof tot het leggen van conservatoir beslag te verlenen. In zijn hiervoor onder '*Bewijsbeslag in niet-IE-zaken*' besproken arrest van 13 september 2013 sanctioneert de Hoge Raad dit.

Vormerkung

Lagere rechters blijven moeite houden met een derdenbeslag onder de koper

van een registergoed na inschrijving van die koop in de openbare registers (art. 7:3 BW). Ofschoon reeds in HR 8 oktober 2010¹⁵ werd geoordeeld dat een dergelijk beslag doel treft, hoezeer daarin ook een hindernis gelegen kan zijn voor de effectuering van het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst, adviseert de nadien herhaaldelijk gewijzigde Beslagsyllabus voorzieningenrechters nog steeds om in het geval van een *Vormerkung* geen verlof te verlenen voor het leggen van conservatoir derdenbeslag onder de koper omdat een dergelijk beslag de werking van art. 7:3 lid 3 sub f BW volledig zou frustreren. Een vergelijkbare redenering is terug te vinden in de zaak die leidde tot HR 12 juli 2013.¹⁶ In die procedure had het Hof 's-Hertogenbosch een derdenbeslag onder de koper (gedeeltelijk) opgeheven op de grond dat het de nakoming van de in de openbare registers ingeschreven koopovereenkomst feitelijk onmogelijk maakte. De Hoge Raad casseert onder verwijzing naar zijn arrest uit 2010. Kortom: hoog tijd dat het advies in de Beslagsyllabus om een dergelijk verlof te weigeren in de volgende versie (eindelijk) wordt geschrapt.

Bevoegdheid

Art. 5 lid 3 van de EEX-Verordening (EEX-Vo) vestigt ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad alternatieve bevoegdheid bij het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Deze bepaling moet aldus worden uitgelegd dat op grond hiervan uit de plaats van handeling van een niet in rechte betrokken medepleger geen bevoegdheid kan worden ontleend ten aanzien van de andere – wel in de procedure betrokken – medepleger (zie HvJ EU 16 mei 2013¹⁷). En in zijn arrest van

¹⁵ HR:2010:BN1252; zie ook Kroniek 2010 deel I, *Adv.bl.* 2011, afl. 12.

¹⁶ HR:2013:BZ9959.

¹⁷ Zaaknummer: C-228/11, gepubliceerd in *NJ* 2013/520 met noot Strikwerda.

¹³ HR:2013:BZ9958.

¹⁴ HR:2013:CA3771.

18 juli 2013 oordeelt het HvJ EU¹⁸ dat op grond van genoemde bepaling uit de EEX-Vo een bestuurder van een vennootschap bij een vordering gebaseerd op doorbraak van aansprakelijkheid ook kan worden opgeroepen voor de rechter van de plaats waar de vennootschap haar werkzaamheden verricht. Bij een via internet gestelde inbreuk op een auteursrecht dat wordt gewaarborgd door de lidstaat van de aangezochte rechter, is deze – op grond van art. 5 lid 3 EEX-Vo – als rechter van het zogenoemde ‘Erfolgsort’ bevoegd kennis te nemen van een door de rechthebbende ingeleide aansprakelijkheidsvordering. Zo volgt uit HvJ EU 3 oktober 2013.¹⁹ Omdat de door de lidstaat van de aangezochte rechter verleende bescherming enkel geldt voor het grondgebied daarvan, mag de aangezochte rechter slechts uitspraak doen over de schade die is veroorzaakt op het grondgebied van zijn lidstaat.

Een bestuurder of een meerderheidsaandeelhouder van een vennootschap die daarmee nauwe beroepsmatige banden heeft en zich in die hoedanigheid in een promesse borg heeft gesteld voor de schulden van de vennootschap, kan blijkens HvJ EU 14 maart 2013²⁰ ter zake niet worden aangemerkt als consument in de zin van art. 15 lid 1 EEX-Vo. Om die reden kan dan ook niet op grond van deze bepaling worden uitgemaakt welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van een nakomingsvordering van de begunstigde tegen deze borg, maar is de alternatieve bevoegdheidsregel bij verbintenissen uit overeenkomst van art. 5 lid 1 onder a EEX-Vo daarvoor bepalend.

Een verweerder kan op de voet van art. 6 lid 1 EEX-Vo ook worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een van de andere verweerders

mits voldaan is aan het zogenoemde ‘nauwe band’-vereiste. Deze bepaling vindt volgens het HvJ EU²¹ in zijn beslissing van 11 april 2013 geen toepassing ten aanzien van verweerders die geen woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat wanneer deze zijn gedagvaard in een zaak tegen meerdere verweerders onder wie ook personen met woonplaats in de Europese Unie. Verder beslist het hof voor wat betreft het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo dat onder ‘burgerlijke en handelszaken’ in art. 1 lid 1 EEX-Vo ook de terugvordering van een onverschuldigd betaald bedrag door een overheidslichaam valt. En in zijn arrest van 12 september 2013²² beslist hij dat ook een schadevergoedingsvordering van een overheidsorgaan wegens – onrechtmatige – carrouselfraude met btw onder het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo valt.

Onder welke omstandigheden kan een forumkeuzebeding ex art. 23 EEX-Vo in een overeenkomst tussen de fabrikant van een zaak en de oorspronkelijk verkrijger aan een derde worden tegengeworpen? Volgens het HvJ EU²³ moet het antwoord op deze vraag niet worden gevonden in het nationale recht maar moet dit verordening autonoom worden beslist. Aldus oordeelt hij dat in een dergelijk geval het forumkeuzebeding niet kan worden tegengeworpen aan een derde, tenzij wordt aangetoond dat deze derde daadwerkelijk met het beding heeft ingestemd overeenkomstig de in art. 23 EEX-Vo geformuleerde voorwaarden.

Voor wat betreft bevoegdheid in nationaal verband: ook in kort geding is bij bevoegdheidsprikelen tussen de kantonrechter en de voorzieningenrechter uitgangspunt dat op de voet van art. 71 Rv verwezen zal worden (zie Rb.

Noord-Nederland, 15 november 2013²⁴). Zie ook Vzng. Rb. Oost-Nederland 8 januari 2013²⁵ voor een verwijzing in kort geding, waarin het fout was gegaan met het bepalen van de juiste zittingsplaats na de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet herziening gerechtelijke kaart.²⁶

Art. 96 Rv biedt partijen de mogelijkheid hun geschil aan de kantonrechter van hun keuze voor te leggen, ook als dat geschil in de wet niet ter beslissing aan de kantonrechter is opgedragen. Kunnen partijen dit ook op voorhand



overeenkomen bij wijze van forumkeuzeclausule? Naar het oordeel van de Rechtbank Overijssel²⁷ is dat niet het geval. Er zijn volgens de rechtbank geen aanknopingspunten dat de wetgever heeft willen afwijken van de vóór 1 januari 2002 bestaande situatie, waarin het slechts mogelijk was een eenmaal gerezzen geschil met wederzijds goedvinden aan de kantonrechter voor te leggen.²⁸

18 Zaaknummer: C-147/12, gepubliceerd in NJ 2014/85 met noot Strikwerda.

19 Zaaknummer: C-170/12, gepubliceerd in NJ 2014/166 met noot Strikwerda.

20 Zaaknummer: C-419/11, gepubliceerd in NJ 2013/336 met noot Strikwerda.

21 Zaaknummer: C-645/11, gepubliceerd in NJ 2013/499 met noot Strikwerda onder NJ 2013/500.

22 Zaaknummer: C-49/12, gepubliceerd in NJ 2013/500 met noot Strikwerda.

23 HvJ EU 7 februari 2013, zaaknummer: C-543/10, gepubliceerd in NJ 2013/299 met noot Strikwerda.

24 RBNNE:2013:7117. Zie ook Hof Amsterdam 1 maart 2007, GHAMS:2007:BA4004.

25 RBONE:2013:BZ0493.

26 Stb. 2012, 313.

27 Rb. Overijssel 10 april 2013, RBOVE:2013:CA0213.

28 Zie in dit verband ook de annotatie van Heemskerk onder Rb. Arnhem 24 december 2008 in JBPR 2009/19.

BEWIJS

Bewijslast(verdeling)

Bij werkgeversaansprakelijkheid is vaste jurisprudentie sinds HR 17 november 2000,²⁹ dat het bewijs van causaal verband tussen de werkzaamheden en de gezondheidsschade van de werknemer wordt aangenomen wanneer de werknemer tijdens zijn werk is blootgesteld aan gevaarlijke omstandigheden én de werkgever onvoldoende maatregelen heeft getroffen om schade bij de werknemer te voorkomen. Dit wordt ook wel de ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’ genoemd. Op 7 juni 2013 heeft de HR in twee zaken geoordeeld dat er een ondergrens is voor de toepassing van die regel. De regel geldt namelijk niet wanneer het verband tussen de gezondheidsschade en het werk te onzeker en te onbepaald is. In de eerste zaak³⁰ ging het om een werkneemster van de SVB met RSI, waarbij niet voldoende duidelijk was wat de oorzaak was van deze RSI. In de tweede zaak³¹ ging het om een schilder die was overleden aan kanker. Deskundigen hadden de kans dat zijn ziekte was veroorzaakt door het werk bij zijn laatste werkgever geschat op 17 procent. Kennelijk is dat voor de Hoge Raad een te kleine kans, die toepassing van de ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’ niet kan rechtvaardigen.

Leun nooit rustig achterover wanneer het op bewijslevering aankomt, waarschuwt de Hoge Raad op 26 april 2013.³² Wanneer een bepaald feitencomplex, gesteld door een partij, door de rechter voorshands bewezen is geacht en vervolgens wordt ‘aangevallen’ door tegenbewijs van de wederpartij (in een enquête), moet de ‘stellende’ partij goed nadenken voor die zijn mogelijkheid tot een contra-enquête voorbij laat gaan. Het feit dat een partij de mogelijkheid tot contra-enquête heeft gehad, bete-

kent namelijk dat de rechter deze partij naderhand niet opnieuw in de gelegenheid hoeft te stellen alsnog getuigen te horen (bijvoorbeeld wanneer de wederpartij dreigt te slagen in het tegenbewijs). De Hoge Raad brengt wel direct een nuance aan: dit kan anders zijn, wanneer het nadere bewijsaanbod betrekking heeft op nieuw bewijsmateriaal of op nieuwe feiten. Bovendien geldt deze strenge regel alleen in dezelfde instantie. Een nieuw bewijsaanbod in appel kan wel worden ingewilligd; dan prevaleert de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Dit strookt met HR 3 februari 2012: een partij mag in hoger beroep niet worden ‘afgestraft’ voor het feit dat zij in eerste aanleg niet van de mogelijkheid van het horen van getuigen in contra-enquête gebruik heeft gemaakt.³³

Over het toepassingsbereik van de klachtplicht van art. 6:89 BW gaan drie arresten van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (zie ook: L. H. Rammeloo, *Klaag voor het te laat is*, *Advocatenblad* maart 2014).³⁴ De Hoge Raad³⁵ scheidt daarin ook duidelijkheid over de bewijslastverdeling bij een beroep op schending van de klachtplicht. Als de gedaagde het verweer voert dat niet (tijdig) is geklaagd, moet de eiser stellen en zo nodig bewijzen dat én wanneer is geklaagd.

Teleurgesteld over de vochtproblemen in de nieuwe woning sprak een koper zijn makelaar aan, met de stelling dat de makelaar was tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Het hof had de makelaar belast met het bewijs dat hij wel aan zijn zorgplicht had voldaan. Op 14 juni 2013³⁶ vernietigt de Hoge Raad deze bewijsopdracht. Het zorgplichtverweer van de makelaar vormt immers onderdeel van zijn betwisting van het verwijt van de koper en betreft dus geen bevrijdend verweer. De koper zal dus moeten

bewijzen dat de makelaar in zijn zorgplicht is tekortgeschoten (zie ook HR 15 december 2006³⁷).

De inkomsten van dekhengst Farmer zijn onderwerp van een langlopende procedure. De eigenaar van de hengst vorderde de helft van de ‘dekgelden’ van de partij die de hengst mocht exploiteren. Deze dekgelden bleken lager vanwege de korting die de exploitant aan klanten – merriehouders – had verleend. Het hof had Farmer’s eigenaar opgedragen te bewijzen dat de kortingen zonder zijn toestemming waren verleend. De Hoge Raad³⁸ zet een streep door deze bewijsopdracht. Het verweer van de exploitant tegen de vordering van de eigenaar tot afdracht van het dekgeld, inhoudend dat hij kortingen heeft verleend en dat dit met toestemming van de eigenaar is gebeurd, betreft immers een bevrijdend verweer. Art. 150 Rv brengt mee dat de bewijslast daarvan op de exploitant rust. En zodoende galoppeert de procedure weer verder, maar dan bij een ander hof...

Ook HR 12 april 2013³⁹ gaat over bevrijdende verweren. Als een opdrachtgever die een aannemingsovereenkomst opzegt en op grond van art. 7:764 lid 2 BW in beginsel de volledige aanneemsom moet betalen, meent dat hij minder hoeft te betalen vanwege door de aannemer genoten besparingen, dan draagt hij de stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van die besparingen. Opvallend is dat de Hoge Raad in dit geval bij de aannemer een belangrijke mededelingsplicht legt, ten aanzien van (het bestaan en de omvang van) dergelijke besparingen. Een aannemer die zich geconfronteerd ziet met een opzeggende opdrachtgever die stelt dat sprake is van besparingen, zal zijn betwisting van dat verweer dus duidelijk moeten onderbouwen. Vanwege zijn mededelingsplicht kan hij niet volstaan

29 HR:2000:AA8369.

30 HR:2013:BZ1717.

31 HR:2013:BZ1721.

32 HR:2013:BZ8766.

33 HR:2012:BU7245.

34 L. H. Rammeloo, ‘Klaag voor het te laat is’, *Adv. bl.* 2014–3, p. 44–46.

35 HR:2013:BX7195.

36 HR:2013:BZ5356.

37 HR:2006:AZ1083.

38 HR 18 oktober 2013, HR:2013:979.

39 HR:2013:BY8728.

met het enkel betwisten van het bestaan van besparingen.

Art. 3:37 lid 3 BW bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. In dat kader geldt de ‘ontvangsttheorie’, inhoudend dat de afzender van een verklaring moet stellen en zo nodig bewijzen dat de verklaring is verzonden aan een adres ‘waarvan hij redelijkerwijze mocht aannemen dat de geadresseerde aldaar door hem kon worden bereikt’ en dat de verklaring is aangekomen. De Hoge Raad geeft op 14 juni 2013⁴⁰ enig comfort aan de verzender. Die kan als adres van een natuurlijk persoon uitgaan van diens woonplaats in de zin van art. 1:10 BW, of in het geval van een zakelijke geadresseerde diens zakelijke adres. Ook kan hij het adres hanteren waarvan hij op grond van verklaringen of gedragingen van de geadresseerde mag aannemen dat deze daar kan worden bereikt, bijvoorbeeld diens postbus, e-mailadres of een ander adres dat bij recente contacten tussen partijen door de geadresseerde is gebruikt. Voor postbussen geldt bovendien dat het niet uitmaakt of de geadresseerde expliciet een bepaalde postbus heeft aangewezen. Kan de afzender bewijzen dat de verklaring is verzonden aan een recent gebruikt postbusadres van de geadresseerde, dan heeft de verklaring hem bereikt in de zin van art. 3:37 lid 3, eerste zin, BW.

Wanneer een gevolmachtigde verplichtingen met een derde is aangegaan namens een volmachtgever en deze volmachtgever komt die verplichting niet na, bepaalt art. 3:70 BW dat de gevolmachtigde instaat voor het bestaan van de volmacht en dus door de derde kan worden aangesproken tot nakoming van die verplichting. In 2004 had de Hoge Raad⁴¹ bepaald dat de derde ter onderbouwing van zijn vordering ex

art. 3:70 BW moest stellen en bewijzen dat de (pseudo)gevolmachtigde niet over een toereikende volmacht beschikte. In zijn arrest van 22 november 2013 gaat de Hoge Raad⁴² echter om: niet de derde maar de (pseudo)gevolmachtigde moet het bestaan van zijn volmacht bewijzen; hij beroept zich immers op het bestaan daarvan. Bovendien strookt deze bewijslastverdeling met de – met art. 3:70 BW beoogde – bescherming van de derde in het handelsverkeer en wordt de derde niet belast met het bewijs van een negatief feit.

Bewijsmiddelen

Een authentieke akte heeft dwingende bewijskracht, zo bepaalt art. 157 Rv. Bij splitsing van een gebouw in appartementsrechten en gemeenschappelijke ruimten maakt de notaris een splitsingsakte waaraan hij doorgaans een splitsingstekening hecht. Beide worden in het kadaster ingeschreven. Samen bepalen ze hoe er gesplitst is.⁴³ Maar wat als er verschillen bestaan tussen de akte en de tekening? Welke van de twee heeft dan dwingende bewijskracht? Volgens de HR moet de bedoeling van de splitsing uitsluitend worden gezocht in de ingeschreven stukken, bezien in het licht van de gehele inhoud van de akte en de tekening.⁴⁴ In HR 1 november 2013⁴⁵ wordt hier aan toegevoegd dat niet de tekening noch de akte prevaleert. De rechter zal aan de hand van de aan de splitsingsstukken te ontnemen aanwijzingen en gelet op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties (van de in zo’n geval ruziënde appartementseigenaren) zouden leiden, moeten bepalen of doorslaggevend gewicht toekomt aan de akte van splitsing dan wel aan de splitsingstekening.

Een patiënte wier stembanden zijn beschadigd tijdens een operatie waarbij

haar schildklier is verwijderd, onderbouwt haar letselschadeclaim op het ziekenhuis met het operatieverslag. Zij stelt dat ten onrechte geen dissectie (het vrij prepareren) van de stembandzenuw heeft plaatsgevonden, omdat uit het verslag niet blijkt dat dit is gebeurd. Volgens het Amsterdamse Hof⁴⁶ levert de omstandigheid dat in het operatieverslag niet expliciet staat vermeld dat dissectie van de rechterstembandzenuw heeft plaatsgevonden nog niet het bewijs op dat dit niet is gebeurd. Daartoe overweegt het hof dat een operatieverslag niet wordt gemaakt om tot bewijs in een juridische procedure te strekken. Een operatieverslag wordt bijgehouden voor zover dit voor een goede hulpverlening aan de patiënt noodzakelijk is. Op grond van het operatieverslag kan daarom niet worden geoordeeld dat de patiënte het bewijs van haar stelling heeft geleverd.

Getuigenbewijs

Ook een partijgetuige komt verschoningsrecht toe, oordeelt de Rechtbank Gelderland.⁴⁷ In dit geval meende een voormalig bestuurder van een vennootschap dat hij zich door beantwoording van vragen in het kader van een voorlopig getuigenverhoor (gestart door de vennootschap) zou blootstellen aan mogelijke strafrechtelijke vervolging, omdat het verhoor ertoe strekte of hij zich als bestuurder had schuldig gemaakt aan het onttrekken van gelden aan de vennootschap. Zijn beroep op het aan hem toekomende verschoningsrecht wordt daarom gehonoreerd.

De onduidelijkheid die reesteerde na het Akzo Nobel/Commissie-arrest⁴⁸ over de vraag of een advocaat in dienstbetrekking verschoningsrecht toekwam, is weggenomen in het arrest HR 15 maart 2013.⁴⁹ In Nederland heeft ook een advocaat in dienstbetrekking verschonings-

42 HR:2013:1384.

43 HR 28 januari 2011, HR:2011:B05223.

44 HR 22 oktober 2010, HR:2010:BM8933.

45 HR:2013:1078.

46 10 september 2013, GHAMS:2013:2868.

47 23 april 2013, RBGEL:2013:2535.

48 HvJEU 14 september 2010, XX:2010:BN8974.

49 HR:2013:BY6101.

40 HR:2013:BZ4104.

41 HR:2004:AN8074.

recht. De andersluidende geluiden in het eerdergenoemde HvJ-arrest hadden slechts betrekking op (Europese) mededingingsrechtelijke zaken.

Na het (prejudiciële) antwoord van het HvJ EU (6 september 2012⁵⁰, zie ook de kroniek van 2012) inhoudend dat een rechter een getuige die in een ander land woont gewoon mag oproepen en horen op grond van het eigen recht en dus niet verplicht is de EU-Bewijsverordening te volgen, had de Hoge Raad⁵¹ in cassatie (28 juni 2013) alleen nog te beslissen over de vraag of het oproepen van de (in België wonende) voormalig bestuurders van Fortis als getuigen voor de Nederlandse rechter in strijd was met art. 6 EVRM. De voormalig bestuurders klaagden dat zij als buitenlandse partijgetuigen moesten kiezen tussen twee kwaden: verschijnen zij niet, dan bestaat het risico dat de Nederlandse rechter daaruit voor hen nadelige gevolgtrekkingen trekt, en verschijnen zij wel, dan bestaat het risico van miscommunicatie en daarmee schade aan het partijbelang. Juist gedaagden, tegen wie nog geen verwijten gegrond zijn bevonden, zouden gelet op art. 6 EVRM dit risico niet hoeven dragen, vonden de voormalig bestuurders. Zij wilden daarom in België gehoord worden, door een Franstalige rechter. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Het beginsel van fair trial vereist immers dat alle bij de bodemprocedure betrokken (partij)-getuigen door dezelfde rechter en volgens dezelfde regels worden gehoord. Bovendien zijn de door de voormalig bestuurders aangevoerde bezwaren tegen een verhoor door de Nederlandse rechter van onvoldoende gewicht om van dit fair trial beginsel af te wijken. Aldus faalt hun beroep op art. 6 EVRM.

Art. 179 lid 2 Rv geeft de rechter de bevoegdheid om een getuige te beletten een vraag te beantwoorden. De Hoge Raad⁵² oordeelt dat een rechter-com-

missaris terecht een getuige had belet een vraag te beantwoorden, omdat die vraag het recht op journalistieke bronbescherming in gevaar bracht. Dit recht was in het geding, ook al was de getuige geen journalist. Overigens geeft de Hoge Raad in dit arrest college over de toepassing van art. 179 Rv. Deze bevoegdheid is namelijk niet alleen gegeven met het oog op de situatie dat een vraag – naar het oordeel van de rechter – onbehoorlijk, suggestief of irrelevant is (zie ook Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 273), maar daarmee kan dus bijvoorbeeld ook de journalistieke bronbescherming gewaarborgd worden. Voor toepassing van art. 179 lid 2 Rv is niet van belang door welke partij de getuige is opgeroepen. Evenmin is van belang of het een getuige betreft die wel verschoningsrecht toekomt maar er geen beroep op doet, of dat het een getuige zonder verschoningsrecht betreft. Kortom: de rechter kan steeds beletten dat antwoord wordt gegeven op een bepaalde vraag van een van partijen, ongeacht of de getuige zelf bereid is deze vraag te beantwoorden.

Deskundigenbericht

Hoe moet een rechter omgaan met tegenstrijdige deskundigenrapporten, bijvoorbeeld wanneer het ene is opgesteld door een door de rechter benoemde deskundige en het andere door een partij-deskundige? In lijn met zijn eerdere arresten⁵³ bepaalt de Hoge Raad⁵⁴ op 3 mei 2013 dat de rechter, als hij het rapport van de benoemde deskundige volgt, in beginsel kan volstaan met de motivering dat het rapport hem overtuigend voorkomt. Voert een partij echter specifieke bezwaren aan tegen de zienswijze van deze deskundige (bijvoorbeeld aan de hand van de bevindingen in het rapport van de partijdeskundige), dan moet de rechter daar in zijn motivering op ingaan. De in dit arrest genoemde motiverings-

plicht krijgt direct navolging. Het Hof Arnhem-Leeuwarden⁵⁵ vernietigt op 30 juli 2013 een vonnis van de rechtbank wegens ontoereikende motivering waarom het rapport van de door haar benoemde deskundige was gevolgd en wegens het onvoldoende reageren op de tegen dit rapport aangevoerde bezwaren. Opvallend genoeg gaat het hof niet zelf opnieuw de beschikbare rapporten beoordelen, maar benoemt het een nieuwe deskundige. Hetzelfde hof⁵⁶ refereert in een andere zaak op 25 juni 2013 ook aan laatstgenoemd HR-arrest en motiveert waarom het juist overtuigd is door het rapport van de partijdeskundige (en dus niet door het rapport van de benoemde deskundige). Het hof haast zich om daar aan toe te voegen dat het in bewijsrechtelijk opzicht niet uitmaakt of het een rapport betreft van een op gezamenlijk verzoek van partijen benoemde deskundige, of van een partijdeskundige. Dit geldt te meer nu de wederpartij in de gelegenheid is gesteld om te reageren op het (concept)rapport van de partijdeskundige.

De hoofdregel van art. 194 lid 2 Rv, dat met partijen overlegd wordt over de persoon van de door de rechter te benoemen deskundigen, geldt niet in de ontegeningspraktijk, zo bepaalt de Hoge Raad op 5 april 2013.⁵⁷ Art. 32 van de Ontegeningswet geeft de rechter dus de bevoegdheid naar eigen inzicht en zonder voorafgaand overleg met partijen deskundigen te benoemen om de schadeloosstelling voor de onteigende partij te bepalen. Het risico dat een onteigende partij de benoeming van deskundigen aangrijpt om de procedure met bezwaren te vertragen, wil de Hoge Raad hier kennelijk mee uitsluiten.

Voorlopig deskundigenbericht

Over de mogelijkheid om tijdens een appelprocedure (nog) een voorlopig deskundigenbericht te verzoeken gaat

50 XX:2012:BX7408.

51 HR:2013:36.

52 1 maart 2013, HR:2013:BY7845.

53 HR 5 december 2003 (HR:2003:AN8478) en HR 9 december 2011 (HR:2011:BT2921).

54 HR:2013:BZ1468.

55 GHARL:2013:5719.

56 GHARL:2013:4401.

57 HR:2013:BY8098.

een aantal arresten. Het Hof Arnhem-Leeuwarden⁵⁸ wees op 9 april 2013 een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht af wegens strijd met de goede procesorde. In eerste instantie had de rechtbank al een deskundige benoemd die een rapport heeft uitgebracht en bovendien beschikte verzoeker al over een second opinion. Zodoende had verzoeker voldoende gegevens om te beoordelen of hij de appelprocedure wilde doorzetten, terwijl er geen dringende reden was om niet af te wachten of het hof in appel wellicht nog zelf voorlichting door eigen deskundigen wilde gelasten. Ook op 11 april 2013 wees dit hof⁵⁹ een dergelijk verzoek af, wederom wegens strijd met de goede procesorde. Dit verzoek werd pas gedaan nadat de verzoeker zijn memorie van grieven had genomen. De verzoeker kon de uitkomst van een eventueel voorlopig deskundigenbericht dus niet meer in het geding brengen, vanwege de in beginsel strakke regel van één schriftelijke ronde in appel. Het Hof Den Haag wijst op 26 maart 2013⁶⁰ een in appel gedaan verzoek wel toe vanwege de beperkte rechterlijke mogelijkheden om een dergelijk verzoek af te wijzen. Toch beperkt het hof het verzochte voorlopige deskundigenbericht tot de benoeming van één arts als deskundige, in plaats van het verzochte panel van drie experts.

DAGVAARDING

Uit HR 21 juni 2013⁶¹ volgt dat ook in andere gevallen dan bij subjectieve cumulatie, rolvoeging of zaaksvoeging een rechtsmiddel tegen uitspraken in verschillende zaken bij één processtuk kan worden ingesteld. Dat is in elk geval mogelijk indien – zoals in deze zaak – de uitspraken waarvan beroep op dezelfde dag door dezelfde rechter tussen dezelfde partijen zijn gewezen en

voldoende met elkaar samenhangen om gezamenlijk door de rechter te worden behandeld en beslist.

Art. 53 sub a Rv stelt aan het anoniem dagvaarden van gezamenlijke erfgenamen aan de woonplaats van een overledene de eis dat daar nog één van de in die bepaling genoemde nabestaanden woont. In de zaak die leidde tot HR 5 april 2013⁶² was dat niet het geval, maar achtte het hof het toch voldoende dat zonder vermelding van de namen en de woonplaats aan het Openbaar Ministerie werd betekend met publicatie in een dagblad (art. 54 lid 2 Rv). Volgens de Hoge Raad kan dit niet door de beugel. Hij overweegt dat – anders dan bij betekening op de voet van art. 53 Rv – bij betekening op de voet van art. 54 lid 2 Rv wél het vereiste van art. 45 lid 3 sub d Rv in acht moet worden genomen en het exploit dus de naam moet vermelden van degene voor wie het is bestemd.

EXECUTIE

Dwangsom

De tweede volzin van art. 611a lid 1 Rv bepaalt dat aan een veroordeling tot betaling van een geldsom geen dwangsom kan worden verbonden. De jurisprudentie is verdeeld over de vraag of een bankgarantie daarmee moet worden gelijkgesteld. Het Hof Arnhem⁶³ ging er in 2009 nog vanuit dat dit het geval is (zie ook de kroniek van 2009).⁶⁴ In dit kroniekjaar oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁵ echter dat wel degelijk een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling tot het stellen van een bankgarantie. Een voor de praktijk toe te juichen beslissing. Een veroordeling tot betaling van een geldsom kan immers worden geëxecuteerd door een deurwaarder

zodat in zoverre geen behoefte bestaat aan een dwangsom. Dat is ook de achterliggende gedachte bij genoemde wettelijke bepaling.⁶⁶ Een veroordeling tot het stellen van een bankgarantie kan natuurlijk niet door een deurwaarder worden geëxecuteerd, zodat het opleggen van een dwangsom dan een (belangrijke) functie kan vervullen.

Als een dwangsomveroordeling is uitgesproken in een vonnis dat per gissing niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, zal – nadat daartegen appel is ingesteld – alsnog een aanvullend vonnis met daarin de uitvoerbaar bij voorraadverklaring moeten worden betekend voordat ter zake dwangsommen kunnen worden verbeurd (zie Vzng. Rb. Rotterdam 4 december 2013⁶⁷).

Het Hof Arnhem-Leeuwarden⁶⁸ overweegt in zijn arrest van 8 oktober 2013 dat de rechter in een executiegeschil een beperkte taak heeft. De ratio van deze – terughoudende – norm is dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen met zich brengt dat in een executiegeschil geen inhoudelijke bezwaren tegen een uitspraak kunnen worden aangevoerd. Die ratio geldt ten aanzien van de vraag of in het vonnis terecht een veroordeling onder de last van een dwangsom is uitgesproken, maar niet ten aanzien van de vraag of na het vonnis (volledig) aan deze veroordeling is voldaan. De rechter die de dwangsomveroordeling heeft uitgesproken, heeft zich in dat vonnis immers niet kunnen uitlaten over de vraag of na het vonnis aan die veroordeling is voldaan. Het hof onderstreept dat die vraag dan ook in volle omvang kan worden voorgelegd aan de rechter die in een executiegeschil moet oordelen.

Executiegeschil/misbruik van (proces)recht

Op 9 april 2013 doet het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁹ uitspraak in een exe-

58 GHARL:2013:7155.

59 GHARL:2013:7156.

60 GHDHA:2013:BZ8296.

61 HR:2013:BZ8317.

62 HR:2013:BY9084.

63 Hof Arnhem 24 november 2009, GHARN:2009:BK4429.

64 Kroniek burgerlijk procesrecht 2009 I, Adv.bl. 2010, afl. 9.

65 Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2013, GHSHE:2013:BZ4059.

66 Vgl. Gemeenschappelijke MvT, p. 16.

67 RBROT:2013:9660.

68 GHARL:2013:7549.

69 GHSHE:2013:BZ7408.

cutiegeschil, waarin onder meer een beroep wordt gedaan op het wettelijk voorschrift dat een vonnis moet worden ondertekend door de rechter (art. 230 lid 3 Rv). Het hof overweegt dat hiermee het origineel van het vonnis (de minuut) wordt bedoeld die wordt bewaard in de archieven van een gerecht. De partij die tot tenuitvoerlegging kan overgaan krijgt een in executoriale vorm opgemaakt afschrift daarvan, de grosse. De grosse wordt niet door de rechter ondertekend, het is immers niet een origineel (minuut), maar een afschrift. De rechter tekent maar één keer. Vermeld wordt dat het origineel door de rechter is ondertekend met de afkorting 'w.g.', zoals ook hier is gebeurd. Afschriften van (een) vonnis(sen), niet zijnde een grosse, worden uiteraard ook niet door de rechter ondertekend. Het hof wijst erop dat in de praktijk de administratie van de rechtbank nog al eens een kopie van de minuut maakt dat als afschrift (en soms ook wel als grosse) wordt afgegeven. Op die kopie is dan (een kopie van) de handtekening van de rechter te lezen. De klacht van appellant dat hem een ongetekend vonnis is betekend faalt omdat de wet een dergelijke ondertekening van een grosse door de rechter dus niet voorschrijft.

In een tijd waarin het economisch niet goed gaat met Nederland en veel huizen 'onder water staan', mag – volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter⁷⁰ – van een bank bij de executie van haar hypotheekrecht meer coulance worden verwacht dan in economisch goede tijden. In dit executiegeschil wijst deze dan ook een gevorderd verbod tot openbare veiling van een woning wegens misbruik van recht toe. In Vzng. Rb. Amsterdam 23 april 2013⁷¹ wordt geoordeeld dat de Ritzen/Hoekstra-norm⁷² (misbruik van executiebevoegdheid bij een juridische of feitelijke mislag dan wel het ontstaan

van een noodtoestand door na het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten) bij een geschil over de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis ruimhartig(er) moet worden toegepast. Het in het arrest-Ritzen/Hoekstra ontwikkelde toetsingskader is immers niet limitatief, nu de Hoge Raad daarin spreekt over 'dit zal het geval kunnen zijn' en daarmee aangeeft dat er in elk geval nog enige (theoretische) ruimte is.⁷³

Art. 438 lid 5 Rv schrijft voor dat derden die zich tegen de voorgenomen of aangevangen executie in kort geding willen verzetten, zowel de executant als de geëxecuteerde moeten dagvaarden. Dat was niet gebeurd in Vzng. Rb. Den Haag 31 juli 2013.⁷⁴ Hoewel de Staat hier als gedaagde/executant had betoogd dat het uitspreken van niet-ontvankelijkheid wat hem betreft wel achterwege kon blijven, verklaart de rechter eiser toch niet-ontvankelijk in zijn vordering vanwege het niet-dagvaarden van de geëxecuteerde. De voorzieningenrechter overweegt dat uit de redactie van art. 438 lid 5 Rv volgt dat dit een voorschrift van dwingend recht is dat op straffe van nietigheid moet worden nageleefd, zodat een ambtshalve toepassing geboden is.

Executoriale titel

In zijn prejudiciële beslissing van 8 februari 2013 stelt de Hoge Raad⁷⁵ de Rabobank teleur, die had gehoopt een notariële hypotheekakte ook als executoriale titel te kunnen gebruiken voor de na uitwinning van het hypotheekrecht resterende vorderingen.

Exequatur

Het Hof Den Haag⁷⁶ vult in zijn arrest van 28 mei 2013 de minimumvereisten voor erkenning in de verkapte exequa-

turprocedure van art. 431 lid 2 Rv aan, met de eis dat de buitenlandse beslissing in het land van herkomst uitvoerbaar moet zijn. Volgens Freudenthal in *JBPr* 2013/55 een juiste beslissing, omdat anders aan een buitenlandse beslissing een sterkere werking zou worden gegeven dan deze in het land van herkomst heeft.

EXHIBITIEPLICHT

In HR 8 februari 2013⁷⁷ oordeelt de Hoge Raad dat – ook als een bodemprocedure aanhangig is – in een afzonderlijk kort geding een exhibitievordering kan worden ingesteld en de exhibitievordering dus niet uitsluitend aan de bodemrechter behoort te worden voorgelegd. Een eerdere discussie in de literatuur hierover is met dit arrest beslecht.

Een vordering tot afgifte van bankafschriften louter om te beoordelen of en waar vermogen is om zich op te verhalen, voldoet volgens het Hof Den Haag⁷⁸ niet aan de strekking van art. 843a Rv.

Op 5 april 2013⁷⁹ doet de Hoge Raad een alimentatiezaak, waarin onder meer een verzoek tot inzage was gedaan, af met toepassing van art. 81 RO. In zijn conclusie voor dit arrest gaat A-G Keus⁸⁰ zeer uitgebreid in op het inzageverzoek zonder de vraag aan te snijden of het überhaupt wel mogelijk is om in een verzoekschriftprocedure een dergelijk verzoek te doen. Mede op basis daarvan gaat Sijmonsma er in *TvPP* 2013/6 vanuit dat een verzoek op de voet van art. 843a Rv ook in een verzoekschriftprocedure voor mogelijk moet worden gehouden.

GEZAG VAN GEWIJSDE

Bij een verzoek tot wijziging van een rechterlijke uitspraak over partneralimentatie, is de rechter – ongeacht

70 13 mei 2013, RBAMS:2013:CA0869.

71 RBAMS:2013:CA1564.

72 HR 22 april 1983, HR:1983:AG4575.

73 Vgl. r.o. 7 in Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, GHSGR:2009:BH0703.

74 RBDHA:2013:9535.

75 HR:2013:BY4889.

76 GHDHA:2013:CA1195.

77 HR:2013:BY6111.

78 Hof Den Haag 5 november 2013,

GHDHA:2013:4304.

79 HR:2013:BZ3666.

80 PHR:2013:BZ3666.

het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak – gehouden de hoogte van de alimentatie opnieuw te beoordelen indien blijkt dat zich één van de in art. 1:401 BW genoemde gronden voor wijziging voordoet. Aldus beslist de Hoge Raad⁸¹ in zijn arrest van 20 december 2013. In 2007⁸² ging hij er nog vanuit dat de rechter in een dergelijk geval de hoogte opnieuw vast kán stellen, maar nu overweegt hij dus dat de rechter dit dan zal móeten doen.

Omdat in een verstekzaak de eis niet wordt beantwoord met verweer en dus van een geschil geen sprake was, wordt wel aangenomen dat aan een verstekvonnis geen gezag van gewijsde toekomt.⁸³ In Rb. Oost-Brabant 23 januari 2013⁸⁴ wordt aan een verstekvonnis toch gezag van gewijsde toegekend. Dit met de motivering dat er een oordeel over de grondslag van de vordering was gegeven. Zie hierover ook de bijdrage ‘Gezag van gewijsde, hoe zit het ook alweer?’ van Van Dal in het *Advocatenblad* van november 2013.

HOGER BEROEP

Aanzegging partijperemptoir/akte niet-dienen

Wat staat een rolrechter te doen als een advocaat zich onttrekt op een hofroldatum waartegen partijperemptoir/akte niet-dienen is aangezegd? Dan moet de zaak in de stand waarin deze zich bevindt en dus inclusief deze aanzegging – overeenkomstig het bepaalde in de artt. 6.2 en 6.3 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven – worden verwezen naar roldatum twee weken later voor het stellen van een nieuwe advocaat. Zie HR 15 november 2013⁸⁵ waarin hij oordeelt dat het hof in

die zaak ten onrechte akte niet-dienen had verleend vanwege het feit dat op de roldatum van de onttrekking de betreffende memorie niet was genomen. De Hoge Raad wijst er nog op dat het hof op de voet van art. 1.15 van genoemd reglement had kunnen afwijken van het hiervoor geschetste regime uit het procesreglement als het daartoe aanleiding zou zien in de (bijzondere) omstandigheden van het geval, maar uit het bestreden arrest blijkt niet dat het hof van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. In een vergelijkbare zaak leert een ander – op dezelfde datum uitgesproken – arrest van de Hoge Raad⁸⁶ dat uitstel mogelijk is als op de roldatum,



waartegen partijperemptoir/akte niet-dienen is aangezegd, zich een nieuwe advocaat stelt in de plaats van de oorspronkelijke advocaat. Dat zou volgens de Hoge Raad anders kunnen zijn als aannemelijk is dat de advocaatwisseling plaatsvindt om aan de gevraagde akte van niet-dienen te ontkomen, maar dat moet de rechter dan wel uitdrukkelijk vermelden en motiveren.

In de zaak die leidde tot HR 12 juli 2013⁸⁷ was appellant partijperemptoir/akte niet-dienen aangezegd voor het nemen van de grieven. Vervolgens kwam deze partij niet met de memorie van grieven over de brug, maar werd in

plaats daarvan een incident opgeworpen tot voeging van deze zaak met een andere procedure bij hetzelfde hof (art. 222 Rv). De rolraadsheer was hier kennelijk niet van gecharmeerd en verleende akte niet-dienen met een niet-ontvankelijkverklaring als gevolg, want een appel zonder grieven is volgens vaste rechtspraak niet-ontvankelijk. Hier maakte oorspronkelijk appellant een punt van in cassatie. De Hoge Raad gaat daarin niet mee en overweegt dat de verplichting van partijen tegenover elkaar om onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen (art. 20 lid 2 Rv) en de goede procesorde meebrengen dat op de roldatum waartegen partijperemptoirstelling en aanzegging van akte niet-dienen voor memorie van grieven heeft plaatsgevonden, van grieven behoort te worden gediend. Dat is volgens hem niet anders indien op die roldatum voeging wegens verknochtheid van zaken wordt gevorderd, ook al wordt op een dergelijke vordering vaak beslist voordat in de hoofdzaak wordt beslist. Kort na dit arrest is het Hof Den Haag⁸⁸ duidelijk milder en overweegt – onder verwijzing naar genoemd arrest van de Hoge Raad – onvoldoende aanleiding te zien voor een dergelijk vergaande sanctie ten aanzien van een partijperemptoir staande geïntimeerde die een incident ex art. 843a Rv had opgeworpen in plaats van het nemen van een memorie van antwoord en stelde de gevorderde stukken daarvoor nodig te hebben.

In HR 29 maart 2013⁸⁹ oordeelt hij dat het niet-ontvangen van een aanzegging partijperemptoir/akte niet-dienen in combinatie met de ontoegankelijkheid van de elektronische roljournalen vanwege een storing bij DigiNotar, niet voor risico van de partij zou moeten komen die stelt de aanzegging niet te hebben ontvangen. Dit tegen de achtergrond van het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een effectieve toegang

81 HR:2013:2109.

82 HR 25 mei 2007, HR:2007:BA0902.

83 Zie Stein/Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht* 2013, p. 204 en A-G Wesseling-van Gent sub 2.12 in PHR:2010:BK8146.

84 RBOBR:2013:BY9301.

85 HR:2013:1259.

86 HR 15 november 2013, HR:2013:1245.

87 HR:2013:BZ5664.

88 Hof Den Haag 13 augustus 2013, GHDHA:2013:3260.

89 HR:2013:BY7843.

tot de (civiele) rechter. Hetzelfde hof zal de betreffende stellingen alsnog op juistheid moeten onderzoeken.

Appellabiliteit

In HR 8 februari 2013⁹⁰ stelt hij buiten twijfel dat doorbreking van het rechtsmiddelenverbod bij een beslissing van de rechter over de toelaatbaarheid van een eiswijziging (art. 130 lid 2 Rv) niet mogelijk is. In die zaak was nog aangevoerd dat een niet-appellabel vonnis van de kantonrechter na een voorafgaande beslissing van de huurcommissie appellabel kan worden gemaakt door alsnog met een vordering tot ontbinding/ ontruiming, althans wijziging van de huurovereenkomst ten aanzien van de huurprijs, te komen. Daar voelt de Hoge Raad echter niets voor.

Een beroep op een doorbrekingsgrond moet (natuurlijk) direct worden gedaan met de grieven en dus niet pas bij de mondelinge behandeling (zie Hof Den Haag 10 april 2013⁹¹).

Appeltermijn/beroepstermijn

Als een partij door een fout van de griffie redelijkerwijs niet kon weten dat de rechter een beschikking had gegeven is de Hoge Raad bereid gebleken de beroepstermijn te verlengen met veertien dagen na de verzending/verstrekking van de betreffende beschikking. Zie onder meer HR 27 mei 2011.⁹² Termijnoverschrijding ten gevolge van dergelijke zogenoemde ‘apparatafschietfouten’ speelt natuurlijk in verzoekschriftprocedures omdat – vanwege het ontbreken van een rolzitting – soms onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer de rechter een beschikking heeft gegeven. Het Hof Arnhem-Leeuwarden⁹³ past deze leer in zijn arrest van 9 juli 2013 desondanks toe in een dagvaardingszaak, waarin de veroordeelde partij



niet wist dat er vonnis was geweest en dit vonnis ver na het verstrijken van de appeltermijn kreeg toegezonden. Vervolgens komt het hof echter tot de conclusie dat appelland, ook na verlenging van de termijn met veertien dagen na verzending, nog te laat is. Een niet-ontvankelijkheidsoordeel volgt.

Devolutieve werking

In de zaak die leidde tot HR 8 februari 2013⁹⁴ kon het hof kennelijk geen touw vastknopen aan hetgeen door partijen met betrekking tot (vermeende) verplichtingen uit hoofde van twee vaststellingsovereenkomsten was aangevoerd. Dat was voor het hof reden om bij tussenarrest (na pleidooi) te bepalen dat partijen hun ‘huiswerk’ maar over moesten doen door in een nadere memorie al hun stellingen en weren te vermelden. Hierbij overwoog het hof dat het geen stellingen of weren van partijen uit eerdere processtukken in zijn oordeel zou betrekken. Moet kunnen, vindt de Hoge Raad. Hij overweegt dat noch het bepaalde in art. 24 Rv (lijdelijkheid) noch de devolutieve werking van het appel het hof ertoe verplichtte om de zaak te onderzoeken en te beslissen

op de grondslag van stellingen en weren die het hof als onvoldoende overzichtelijk en eenduidig had aangemerkt.

Grenzen van de rechtsstrijd

Blijkens HR 13 september 2013⁹⁵ is de appelrechter ook gehouden tot ambtshalve toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen als hij daarbij buiten de grieven moet treden. Dat is anders als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven.

Incidenteel appel

In de kroniek van 2012 bespraken wij HR 30 maart 2012⁹⁶ (Fafanie/KSN) waarin hij de devolutieve werking van het hoger beroep nader heeft ingeperkt in het geval de vordering van oorspronkelijk eiser gedeeltelijk is toegewezen en oorspronkelijk gedaagde/geïntimeerde geen incidenteel appel tegen die toewijzing heeft ingesteld. Dit arrest is in de literatuur met de nodige kritiek ontvangen. In *JBP* 2013/17 spreekt Van der Wiel dan ook de hoop uit dat Fafanie/

90 HR:2013:BY2599.

91 GHDHA:2013:CA0878.

92 HR:2011:BQ0510.

93 GHARL:2013:4984.

94 HR:2013:BY2581.

95 HR:2013:691.

96 HR:2012:BU8514.

KSN – in zijn woorden – een eenmalige frivoliteit zal blijken en dat het appelprocesrecht zich verder zal ontwikkelen langs de voorspelbare lijnen die worden gemarkeerd in arresten, zoals – het door hem besproken – A/LTO van 8 februari 2013.⁹⁷ Daarin onderstreept de Hoge Raad namelijk dat het incidentele beroep processueel in beginsel een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van het principale beroep. Vanuit die gedachte acht de Hoge Raad het mogelijk dat in de memorie van antwoord in het incidenteel appel een nieuw verweer wordt gevoerd dat niet tevens als grief in principaal appel is voorgesteld. Het grievenstelsel en de in beginsel strakke regel staan hieraan volgens hem niet in de weg. Omdat in het arrest-A/LTO niet de positieve zijde van de devolutieve werking in het geding was, kan volgens Dempsey in *ArbeidsRecht* 2013/44 met dit arrest niet met zekerheid worden geconcludeerd dat Fafianie/KSN moet worden gezien als een – door haar genoemde – eenmalige misslag van de Hoge Raad. Wordt vervolgd dus.

Nova in appel

De twee-conclusie-regel brengt volgens de Hoge Raad⁹⁸ in zijn arrest van 14 juni 2013 mee dat ook in hoger beroep van een kort geding een wijziging van (de grondslag van) de eis bij pleidooi niet meer toelaatbaar is, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet. Als partijen er overigens voor zouden kiezen om bij wijze van second opinion aan het Hof Den Haag te vragen om een herbeoordeling van een uitspraak in eerste aanleg, kunnen zij überhaupt niet met nova komen.⁹⁹ Deze pilot is gestart op 1 mei 2013. Aanvankelijk voor één jaar, maar inmiddels in elk geval tot eind 2015 verlengd.

Ontvankelijkheid

De wetgever heeft niet uitdrukkelijk bepaald dat een ontbonden rechtspersoon blijft voortbestaan voor zover nodig om tegen de uitspraak waarin zij is ontbonden hoger beroep in te stellen. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁰⁰ dient daarvan echter wel te worden uitgegaan. Dit past volgens het hof in het systeem van de wet en sluit verder ook aan op rechtspraak met betrekking tot andere gevallen waarin de ontbonden rechtspersoon voor een bepaald doel blijft ‘voortleven’.

Samenloop verzet en hoger beroep

Indien tegen een verstekvonnis door de eiser hoger beroep wordt ingesteld, kan de niet-verschenen gedaagde geen verzet meer tegen dat verstekvonnis instellen maar zal deze in hoger beroep verweer moeten voeren (art. 335 lid 1 Rv). Kan de oorspronkelijk gedaagde in dat hoger beroep dan wel incidenteel appel instellen tegen oordelen van de rechtbank in het verstekvonnis die buiten het door de grieven van oorspronkelijk eiser ontsloten terrein liggen? Hierover kan verschillend worden gedacht, maar de Hoge Raad¹⁰¹ beantwoordt deze vraag in zijn arrest van 4 oktober 2013 bevestigend. Daarnaast onderschrijft hij in deze zaak de beslissing van het hof met betrekking tot de strekking van het vreemdelingenbeslag ex art. 767 Rv: er is sprake van misbruik van deze bepaling in het geval in Nederland beslag is gelegd voor een vordering van ruim 5,6 miljoen euro terwijl de beslaglegger wist dat er slechts voor 100 euro in Nederland verhaalsmogelijkheden waren. De Hoge Raad overweegt – onder verwijzing naar de Parlementaire Geschiedenis¹⁰² – dat art. 767 Rv tot doel heeft rechtsmacht te scheppen voor de Nederlandse

rechter in zaken waarin anders geen bevoegde rechter in Nederland zou zijn aangewezen, terwijl in Nederland voor de schuldeiser wel verhaalsmogelijkheden bestaan. Met deze bepaling is volgens de Hoge Raad niet beoogd de schuldeiser in Nederland een bevoegde rechter te verschaffen opdat hij de beslissing die hij langs deze weg heeft verkregen ten uitvoer kan leggen op buiten Nederland gelegen vermogensbestanddelen van de schuldenaar.

Schorsing van de tenuitvoerlegging (art. 351 Rv)

Art. 438 lid 2 Rv biedt de voorzieningenrechter de mogelijkheid de executie van een vonnis te schorsen. Een soortgelijke vordering kan ook in appel in een incident worden ingesteld (art. 351 Rv). Het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁰³ gaat er in zijn arrest van 2 april 2013 vanuit dat er daarbij een zelfde toetsingskader zou gelden. Dit ten onrechte, zoals Venhuizen uiteenzet in *JBPr* 2013/48. Verder miskent het hof hier volgens Venhuizen het primaat van de bodemrechter en lijkt het er volgens hem ook nog op dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden door ambtshalve een vonnis op te vragen en dat mede aan zijn beoordeling ten grondslag te leggen zonder partijen de gelegenheid te hebben gegeven zich daarover uit te laten.

Sprongcassatie

Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet staat, acht de Hoge Raad het overslaan van hoger beroep ook mogelijk in de verzoekschriftprocedure (HR 15 maart 2013¹⁰⁴). Zie over dit arrest ook hiervóór onder Getuigenbewijs, nu de Hoge Raad hierin oordeelt dat een advocaat in dienstbetrekking alléén in zaken op het gebied van Europees mededingingsrecht geen verschoningsrecht toekomt.

97 HR:2013:BY6699.

98 HR:2013:BZ4163.

99 Zie <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Den-Haag/Nieuws/Documents/Reglement%20second%20opinion.pdf>.

100 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013,

GHARL:2013:BZ6041.

101 HR:2013:CA3741.

102 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 340–342.

103 GHARL:2013:BZ6307.

104 HR:2013:BY6101.

Varia

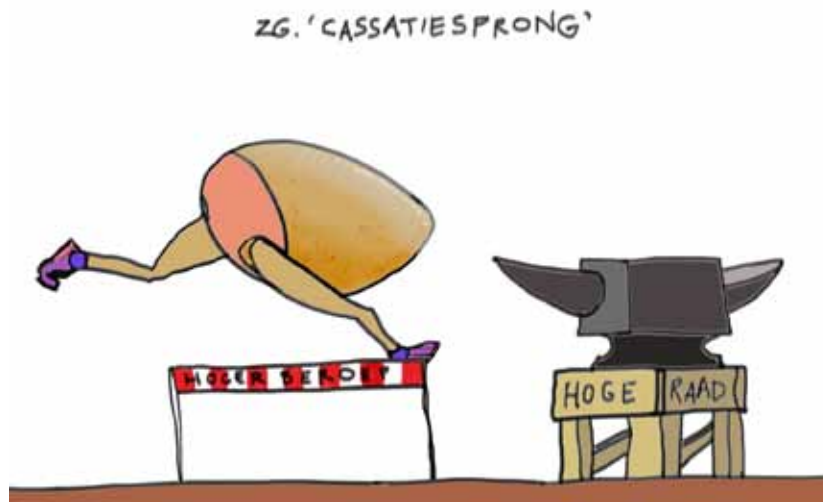
Het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁰⁵ schiet op 3 december 2013 een appellant te hulp die het H1-formulier om een nieuwe zaak aan te brengen had gericht aan dit hof maar welk formulier om onduidelijke redenen bij de griffie van het Amsterdamse hof terechtgekomen was. Nu de stukken wel aan het juiste hof waren gericht, had het Amsterdamse hof dit moeten onderkennen en onverwijld de stukken moeten doorsturen naar Arnhem. Waar de griffie van Hof Amsterdam dit niet had gedaan, maar de zaak per abuis op de eigen rol had ingeschreven, brengt volgens het Arnhemse hof een redelijke, met de eisen van een goede procesorde verenigbare wetstoepassing mee dat appellant geacht moet worden de zaak tijdig ter rolle aldaar te hebben ingeschreven. Het hof verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Hoge Raad van 23 september 2011¹⁰⁶ (zie ook de kroniek van 2011) en overweegt dat de in dat arrest geformuleerde regel zich leent voor overeenkomstige toepassing in gevallen als de onderhavige.

Uit HR 29 maart 2013¹⁰⁷ volgt dat een partij die zich heeft gevoegd een voldoende belang moet hebben om zelfstandig een rechtsmiddel in te kunnen stellen als de oorspronkelijke partij dat niet doet. Dat is het geval als beslissingen in de bestreden uitspraak ten opzichte van de gevoegde partij gezag van gewijsde kunnen verkrijgen.

INCIDENTEN

Voeging en tussenkomst

Naast de mogelijkheid van (rol)voeging van verschillende procedures (in de zin van art. 222 Rv), heeft de rechter ook de mogelijkheid om (ambtshalve) een procedure te splitsen. Dit staat niet in de wet maar volgt uit o.m. HR 27 oktober



ber 1978.¹⁰⁸ De Zwolse kantonrechter¹⁰⁹ ziet op 8 januari 2013 onvoldoende samenhang tussen de (in één dagvaarding ingediende) vorderingen van drie werknemers tegen hun werkgever om gezamenlijke behandeling uit oogpunt van doelmatigheid te rechtvaardigen. Sterker nog: hij oordeelt dat splitsing de procedures overzichtelijker en efficiënter maakt en recht doet aan het beginsel van *fair play*. Op dezelfde gronden wijst de Amsterdamse rechtbank¹¹⁰ een gevraagde (rol)voeging af; weliswaar zien beide procedures op hetzelfde feitencomplex, maar zijn de vorderingen op verschillende overeenkomsten en verschillende grondslagen gebaseerd.

In verband met de aansprakelijkheidsprocedure tegen haar voormalige bestuurders en toezichthouders had woningstichting Servatius onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeraar van deze bestuurders en toezichthouders derdenbeslag gelegd op de verzekerde som. De verzekeraar wil in de aansprakelijkheidsprocedure tussenkomen, met als vordering de opheffing van het beslag. De Rechtbank Oost-Brabant¹¹¹ overweegt allereerst dat

art. 217 Rv hiervoor in beginsel geen ruimte biedt. Maar nu enkele toezichthouders bij wijze van provisionele vordering (ex art. 223 Rv) óók opheffing van het beslag hebben gevraagd, heeft de verzekeraar belang bij de uitkomst van dit provisionele deel van het geding en kan zij daarin wel tussenkomen. De verzekeraar procedeert vervolgens in het incident volop mee, waarna de Rechtbank Oost-Brabant op 24 juli 2013 (RBOBR:2013:4147) het beslag gedeeltelijk opheft, opdat enkele toezichthouders hun kosten van verweer in de hoofdzaak uit de verzekerde som vergoed kunnen krijgen.

Een executeur mag zich op grond van art. 217 Rv voegen in de procedure tussen erfgenamen over de afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten, zo oordeelt de Hoge Raad (6 september 2013, HR:2013:BY5241). Vanwege zijn positie bij de afwikkeling van de nalatenschap heeft hij een voldoende belang bij voeging in die procedure; deze gaat immers over de vraag welk recht op de nalatenschap van toepassing is. Ook de echtgenote die op grond van art. 1:88 BW een rechtshandeling van haar man heeft vernietigd, heeft een voldoende belang om zich te voegen in de procedure tussen haar man en zijn schuldeiser, oordeelt het Hof

105 GHARL:2013:9258.

106 HR:2011:BT2416.

107 HR:2013:BZ0173.

108 HR:1978:AC6384.

109 RBOBR:2013:BZ0907.

110 23 oktober 2013, RBAMS:2013:8226.

111 17 april 2013, RBOBR:2013:BZ186.

Amsterdam¹¹² op 22 oktober 2013. In die procedure werd onder meer de buitengerechtelijke vernietiging betwist en bovendien bestond, bij toewijzing van de vordering, de kans dat het privévermogen van de man (met daarin de echte lijke woning) uitgewonnen zou worden.

Vrijwaring

In een hoofdzaak verzocht ABN AMRO een inmiddels ontbonden rechtspersoon in vrijwaring te mogen dagvaarden. De Rechtbank Amsterdam¹¹³ wijst dit verzoek af. Onder verwijzing naar HR 10 april 1992¹¹⁴ overweegt zij dat, ook wanneer aan de materiële vereisten van vrijwaring wordt voldaan, zij de gevraagde vrijwaring toch mag afwijzen na een belangenafweging en op grond van eisen van een doelmatige procesvoering, bijvoorbeeld omdat onredelijke of onnodige vertraging van het geding te verwachten is. Alvorens een ontbonden rechtspersoon (in vrijwaring) te kunnen dagvaarden, moet immers eerst een (verzoekschrift)procedure tot heropening van de vereffening worden gevoerd. Dit leidt tot een onnodige en onredelijke vertraging van de procedure in de hoofdzaak. Daarbij: ABN AMRO kan haar eventuele vorderingen op de ontbonden rechtspersoon ook in een aparte procedure instellen.

Wie van u wist dat het kon? Ook de eiser kan een derde in vrijwaring oproepen (art. 210 lid 2 Rv). De wet geeft de eiser deze mogelijkheid, wanneer het verweer van gedaagde in de hoofdzaak hem daartoe aanleiding geeft. Een Zeeuwse busonderneming procedeerde in de hoofdzaak tegen de verzekeraar, bij wie zij haar bussen tegen brand had verzekerd. De verzekeraar weigerde dekking voor de brandschade aan één bus, met het verweer dat deze niet stond vermeld op het jaarlijks door de verzekeringmakelaar aan de verzekeraar verstrekte overzicht van het wagenpark.

Daarop heeft de busonderneming de verzekeringmakelaar in vrijwaring gedagvaard met de redenering: als in de hoofdzaak blijkt dat geen dekking bestaat voor de bewuste brandschade, dan komt dat door het onvolledige overzicht van de verzekeringmakelaar. Doordat de busonderneming voor twee ankers gaat liggen, verkondigt zij in de hoofdzaak en in vrijwaring volstrekt tegenstrijdige standpunten. Deze strategie heeft echter wel het gewenste resultaat: de busonderneming krijgt haar schade vergoed. De Rechtbank Rotterdam¹¹⁵ oordeelt namelijk dat de verzekeraar dekking moet verlenen.

KORT GEDING

De omstandigheid dat eiser zich tot de rechter heeft gewend om een spoedvoorziening uit te lokken, leidt er niet zonder meer toe dat gedaagde zich tot aan de zitting en/of de uitspraak van de gewraakte handeling zou moeten onthouden.¹¹⁶ Een incidentele vordering ex art. 223 Rv die ertoe strekt dat de voorgenomen handeling hangende de procedure achterwege wordt gelaten kan dan uitkomst bieden. Het Hof Den Haag¹¹⁷ acht een dergelijk incident in elk geval mogelijk in kort geding in spoedappel, maar wijst de betreffende vordering – na weging van de over en weer gestelde belangen – vervolgens wel af.

Tijdens een kortgedingzitting kan het soms voorkomen dat pas op dat moment blijkt dat het instellen van een eis in reconventie is aangewezen. Het procesreglement voor kort gedingen bij de voorzieningenrechter van de afdeling civiel en het reglement voor kort gedingen bij de kantonrechter kennen echter het uitgangspunt van tijdige aankondiging voorafgaand aan de zitting en schriftelijke vastlegging van een tegeneis, zij het dat een dergelijke eis soms wel nog ter zitting op schrift kan

worden gesteld (artt. 7.2 en 7.3 respectievelijk 7.1 en 7.2 van genoemde reglementen). Het uitgangspunt van schriftelijke vastlegging sluit volgens het Hof 's-Hertogenbosch¹¹⁸ echter niet uit dat in bijzondere situaties in kort geding een mondelinge reconventionele eis kan worden toegelaten, mits duidelijk is wat van de wederpartij wordt verlangd zodat deze zich daartegen behoorlijk heeft kunnen verweren. In een dergelijk geval kan volgens het Bossche hof het proces-verbaal van de zitting en het vonnis van de kortgedingrechter als schriftelijke vastlegging van de inhoud van de reconventionele vordering gelden.

Per 1 januari 2013 kent art. 254 Rv een nieuw lid 5, waarin het – eveneens per 1 januari 2013 – gewijzigde art. 803 Rv in kort gedingen op het terrein van het personen- en familierecht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (zie ook hiervoor onder Algemene Beginselen sub Openbaarheid zitting). Overigens is met de Reparatiwet Wgbz (zie ook hierna onder Kosten sub Griffierecht) per 1 april 2013 een nieuw lid 4 aan art. 254 Rv toegevoegd waarbij alleen het (oude) vierde lid tot lid 5 is vernummerd en niet het (per 1 januari 2013) ingevoerde vijfde lid is vernummerd tot lid 6. Er is een wetsvoorstel aanhangig om deze omissie te herstellen.¹¹⁹

KOSTEN

Buitengerechtelijke kosten

Per 1 november 2013 is het Rapport Voorwerk II – in de bewoordingen van het Bossche Hof¹²⁰ – opgevolgd en uitgebreid door het Rapport BGK-Integraal 2013. Zie ook *BJB* 2013/70 waarin Nijenhof-Wolters de belangrijkste aanbevelingen hieruit bespreekt en deze ook schematisch weergeeft. Blijkens een bericht op www.rechtspraak.nl van

112 GHAMS:2013:3479.

113 26 juni 2013, RBAMS:2013:3654.

114 HR:1992:ZC0567.

115 10 juli 2013, RBR0T:2013:5360.

116 Zie ook HR 7 januari 1994, HR:1994:ZC1223.

117 21 mei 2013, GHDHA:2013:CA0901.

118 25 juni 2013, GHSHE:2013:2527.

119 *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 771, nr. 2.

120 Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, GHSHE:2013:5953.

7 november 2013¹²¹ volgen rechters de aanbevelingen uit dit nieuwe rapport, al zijn zij hiertoe niet verplicht.

Als van de hoofdsom slechts een klein gedeelte wordt toegewezen, betekent dit – volgens HR 5 april 2013¹²² – nog niet dat alle gevorderde buitengerechtelijke incassokosten daardoor onredelijk zouden zijn. En in zijn arrest van 28 juni 2013¹²³ beslist hij dat een veroordeling tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten (natuurlijk) niet met de wettelijke handelsrente ex art. 6:119a BW maar slechts met de (gewone) wettelijke rente ex art. 6:119 BW kan worden vermeerderd.

Op grond van art. 6:96 lid 6 BW is een consument pas buitengerechtelijke incassokosten verschuldigd nadat deze is aangemaand om binnen een termijn van veertien dagen tot betaling over te gaan. In het hiervoor genoemde Rapport BGK-Integraal 2013 wordt ervan uitgegaan dat na het verzenden van deze aanmaning nog een incassohandeling moet zijn verricht, terwijl het Hof Arnhem-Leeuwarden¹²⁴ er juist vanuit gaat dat dit niet nodig is. Al met al reden voor de Rb. Gelderland¹²⁵ om hierover aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag voor te leggen. In deze kroniek over 2013 mag niet onvermeld blijven dat de Hoge Raad in 2014 deze vraag heeft beantwoord en nadere incassohandelingen in een dergelijk geval niet nodig acht. (Dan voetnoot met deze tekst:) HR 13 juni 2014, HR:2014:1405.

Griffierecht

Op een aantal punten was er na de invoering van het nieuwe griffierechtenstelsel per 1 januari 2011 een reparatiewet nodig. Deze heeft lang op zich laten wachten, maar op 1 april 2013 was het zover. Opluchting voor

de praktijk, omdat sindsdien (in zaken waarin gedaagde/geïntimeerde bij verschijning griffierecht verschuldigd is) eiser/appellant in uit te brengen dagvaardingen niet meer het door de wederpartij verschuldigde bedrag aan griffierecht behoeft op te nemen.¹²⁶ Per 1 april 2013 kan worden volstaan met een verwijzing naar een vindplaats van de meest recente bijlage behorende bij de Wgbz waarin de hoogte van de griffierechten staan vermeld. Aangenomen moet worden dat hiertoe een verwijzing naar www.rechtspraak.nl volstaat, zeker als daarbij is aangegeven hoe één en ander op deze website te vinden is. Verder is van belang dat sinds 1 april 2013 in dagvaardingen voor zaken bij de kantonrechter moet worden vermeld dat de gedaagde bij verschijning géén griffierecht verschuldigd is. Dit volgt uit de in art. 111 lid 2 sub k Rv opgenomen zinsnede dat de dagvaarding de mededeling moet bevatten ‘of van gedaagde bij verschijning griffierecht zal worden geheven. Verder staat nu duidelijk in de wet dat in kort geding de processuele sancties op niet-tijdige betaling van het griffierecht niet van toepassing zijn. Ten slotte mag over de reparatiewet niet onvermeld blijven dat op grond van het nieuwe lid 5 van art. 237 Rv de rechter kan bepalen dat de in het ongelijk gestelde partij niet het volledige griffierecht hoeft te betalen dat de in het gelijk gestelde partij bij het begin van de procedure heeft betaald.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden¹²⁷ gaat er in zijn arrest van 5 maart 2013 vanuit dat in hoger beroep het griffierecht moet worden berekend over dat deel van de geldvordering in eerste aanleg waartoe het hoger beroep door appellant is beperkt. In tegenstelling tot de griffier houdt het hof daarbij geen rekening met de mogelijkheid dat geïntimeerde de rechtsstrijd in incidenteel appel alsnog uitbreidt. S.M.A.M.

Venhuizen wijst in zijn annotatie bij dit arrest in *JBP* 2013/31 op een mogelijke consequentie van de regel dat in incidenteel appel geen griffierecht is verschuldigd (art. 4 lid 2 sub c Wgbz). Volgens hem zouden partijen kunnen afspreken dat de partij die over het geringste deel van de (toe- of afgewezen) vordering wil klagen de appelprocedure begint. Vervolgens kan de andere partij – in de woorden van Venhuizen – in een ‘gratis’ incidenteel appel de bulk van de vordering tot inzet van het geding maken. Hij vreest niet voor een vergelijkbaar strategisch handelen in eerste aanleg, waar voor het instellen van een eis in reconventie ex art. 4 lid 2 sub b Wgbz (eveneens) geen griffierecht is verschuldigd.

Proceskosten

Art. 245 Rv voorziet onder meer in de mogelijkheid proceskosten ten laste van een advocaat te brengen, indien de partij voor wie de advocaat optreedt niet blijkt te bestaan. Daar moet blijkens HR 25 oktober 2013¹²⁸ dan wel tijdig een beroep op worden gedaan. Zie in dit verband ook Rb. Amsterdam 20 februari 2013¹²⁹ waarin een advocaat ongeveer tienduizend euro ‘eigen beursje’ voor zijn kiezen krijgt. In deze zaak stelde de eiser curator van een Amerikaanse vennootschap te zijn, maar informatie uit de Verenigde Staten toonde aan dat hij dat niet was, althans niet meer.

Ook in verzoekschriftprocedures kan de rechter een proceskostenveroordeling uitspreken (art. 289 Rv). Blijkens HR 18 januari 2013¹³⁰ kan een belanghebbende zelfs in de proceskosten van een andere belanghebbende worden veroordeeld.

In zaken op het gebied van intellectuele eigendom is op de voet van art. 1019h Rv een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten mogelijk. Als in dergelijke IE-zaken een provisio-

121 <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Nieuw-rapport-voor-toewijzen-buitengerechtelijke-kosten.aspx>.

122 HR:2013:BY9086.

123 HR:2013:40.

124 17 september 2013, GHARL:2013:6760.

125 20 november 2013, RBGEL:2013:4690.

126 *Stb.* 2013, 92.

127 GHARL:2013:1288.

128 HR:2013:1037.

129 RBAMS:2013:BZ3576.

130 HR:2013:BY0572.

nele eis dezelfde strekking heeft als de vordering in de hoofdzaak, zal de rechter – volgens HR 27 september 2013¹³¹ – moeten onderzoeken welke extra kosten met dat verweer gemoeid waren, boven op de kosten die toch al gemaakt moesten worden voor de hoofdzaak. Zie in dit verband ook Berichten IE 2013/9 voor een vurig pleidooi van De Lange om in kort gedingen op IE-gebied de gedaagde ook een (volledige) vergoeding toe te kennen als de eisende partij de zaak voor de zitting heeft ingetrokken.

Gelet op het woord ‘ook’ in art. 254 lid 5¹³² Rv heeft de eisende partij in kantonzaken de keuze tussen een kort geding bij de kantonrechter of bij de voorzieningenrechter van de afdeling of het team civiel. Bij het maken van die keuze moet er echter wel rekening mee worden gehouden dat voorzieningenrechters de hogere kosten aan de zijde van gedaagde bij een daar aanhangig gemaakt kort geding nog wel eens ‘afwentelen’ op de eisende partij (zie bijvoorbeeld Vnzgr. Rb. Overijssel 26 juni 2013¹³³).

PARTIJPERIKELEN

In de zaak die leidde tot HR 11 januari 2013¹³⁴ had een verzekeringnemer een verklaring van recht gevorderd dat dekking moest worden verleend. Zij had echter niet de verzekeraar zelf maar haar houdstermaatschappij gedagvaard. Naar aanleiding van een door de verzekeringnemer bij repliek gedaan verzoek om dit praktisch op te lossen vermeldde de houdstermaatschappij – namens de verzekeraar – in haar conclusie van dupliek dat de verzekeraar onder de polis zal uitkeren als een dergelijke verplichting in rechte zou komen vast te staan. De rechtbank heeft deze ‘praktische oplossing’ geaccepteerd maar de



vordering vervolgens op inhoudelijke gronden afgewezen. In hoger beroep had de verzekeringnemer (wederom) de houdstermaatschappij, als wederpartij uit de eerste aanleg, gedagvaard waarna deze met succes niet-ontvankelijkheid bepleitte. Dit vanwege het dagvaarden van de verkeerde partij, maar ook omdat zij tijdens de procedure door ontbinding en vereffening bleek te zijn opgehouden te bestaan. De Hoge Raad casseert en deformaliseert weer een stukje verder: aan de uitlatingen van de houdstermaatschappij mocht de verzekeringnemer het vertrouwen ontleen dat de verzekeraar zich zou houden aan het inhoudelijke oordeel. Gelet daarop bestaat een voldoende belang bij een inhoudelijke beoordeling. En voor wat de ontbinding betreft, oordeelt de Hoge Raad dat als een procedure tegen een rechtspersoon is aangevangen vóór het tijdstip van haar ontbinding en de vereffening van haar vermogen, de procedure tegen de rechtspersoon kan worden voortgezet, mede in volgende instanties, ook indien de vereffening van haar vermogen inmiddels is geëindigd en daarvan opgaaf is gedaan aan de registers. De uitkomst van een procedure tegen een inmiddels ontbonden en vereffende rechtspersoon zou dus kunnen leiden tot heropening van de vereffening.

Ook in zijn arrest van 13 december 2013 zet de Hoge Raad¹³⁵ de deformaliseringstendens voort. In deze zaak was een rechtsmiddel ingesteld op naam van een vennootschap die partij was in eerste aanleg maar – kennelijk zonder dat haar advocaat dit wist – tussentijds was gefuseerd en was opgehouden te bestaan. Na het uitbrengen van de dagvaarding onder de oude naam verzocht deze advocaat vervolgens om de onjuiste partijaanduiding te mogen herstellen. De Hoge Raad geeft hier zelf aan terug te komen van eerdere arresten en acht herstel mogelijk, tenzij de wederpartij stelt (en bij betwisting aannemelijk maakt) dat zij daardoor onredelijk in haar belangen wordt geschaad. De Hoge Raad spreekt bij het geven van dit beoordelingskader over ‘partijwisseling door rechtsopvolging’. Volgens Lewin in *JBP* 2014/7 heeft de Hoge Raad hier waarschijnlijk ook het oog op alle andere in art. 225 lid 1 Rv omschreven materieelrechtelijk relevante gebeurtenissen: overlijden, verandering van de persoonlijke staat en het ophouden van de betrekkingen waarin het geding werd gevoerd door welke oorzaak dan ook (maar niet: faillissement). Hoewel de Hoge Raad dat niet vermeldt, denkt

131 HR:2013:CA1733.

132 Zie hiervoor sub Kort geding voor de vernummering per 1 januari 2013.

133 RBOVE:2013:1206.

134 HR:2013:BX9762.

135 HR:2013:1881.

Lewin verder dat de nieuwe regels van overeenkomstige toepassing zullen zijn voor degene die het rechtsmiddel heeft ingesteld en niet de aanduiding van zichzelf, maar de aanduiding van de wederpartij wil wijzigen.

Bij een procedure tegen een maatschap mag de dagvaarding worden gesteld op de naam die de maatschap in het maatschappelijk verkeer voert.¹³⁶ Wat te doen als een partij er toch voor kiest de individuele maten te dagvaarden maar één of meer maten vergeet? Volgens HR 15 maart 2013¹³⁷ dient de rechter, desverzocht of als hij het nodig oordeelt dat de niet gedagvaarde maten aan het geding (kunnen) deelnemen, in beginsel gelegenheid te geven om die personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv.

In het kader van procederen in een breder verband: de op 1 juli 2013 gewijzigde Wet collectieve afwikkeling mas-saschade biedt nu ook ruimte voor een materiële beoordeling van de motieven van de rechtspersoon die de belangen van gedupeerden behartigt.¹³⁸ Verder ook een paar technische wijzigingen van deze wet en de introductie van een pre-processuele comparitie in art. 1018a Rv.

PLEIDOOI

Als schriftelijk pleidooi heeft een partij een pleitnota van 72 bladzijden overgelegd. Hoewel het hof vooraf geen maximale omvang had bepaald en het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechts-hoven ook geen maximum aantal bladzijden noemt, was de pleitnota vanwege zijn omvang buiten beschouwing gelaten. De pleitnota kon namelijk niet binnen de (in het procesreglement wel genoemde) maximale spreektijd van

dertig minuten voorgedragen worden. Deze redenering van het hof gaat niet op, vindt de Hoge Raad.¹³⁹ Een rechter mag niet achteraf de omvang van een eerder toegelaten processtuk beperken. Overigens levert dit oordeel deze (uitvoerig pleitende) partij niets op; omdat hij niet had aangegeven hoe hij door het negeren van de pleitnota is benadeeld, laat de Hoge Raad het bestreden arrest in stand.

In lijn met de arresten, genoemd in de kroniek van 2012, bevestigt de Hoge Raad op 22 februari 2013¹⁴⁰ het recht van partijen op pleidooi. A-G Wesseling-van Gent zet in 3.16-17 van haar conclusie de redenen nog eens op een rij.

SCHADESTAATPROCEDURE

Tussen de hoofdzaak en de schade-staatprocedure kan een gespannen verhouding bestaan. De uitkomst van de hoofdzaak (is er een grondslag voor aansprakelijkheid?) is bepalend voor de schadestaatprocedure, maar de rechter in de schadestaatprocedure moet zijn eigen oordeel vellen (is er schade geleden?). Vaste rechtspraak in dit kader is HR 16 mei 2008.¹⁴¹ Uit het kroniekjaar noemen we verscheidene voorbeelden van zo'n gespannen verhouding.

De Hoge Raad bevestigt op 25 januari 2013¹⁴², dat in de schadestaat ook nieuwe schadeposten gevorderd mogen worden, mits deze in oorzakelijk verband staan met de in de hoofdzaak vastgestelde tekortkoming. Het ging hier om een ontsmettingsmachine voor een bloemenkwekerij (van gerbera's), die in 1995 was geleverd en in 1998 een schimmelinfectie bij de gerbera's veroorzaakte. In de hoofdzaak is de tekortkoming vanwege de schimmelinfectie in 1998 vastgesteld. De bloemenkweker mocht in de schadestaatprocedure al haar schade, dus vanaf 1995, vorderen.

Art. 615 Rv bepaalt immers dat een eiser nieuwe schadeposten kan opnemen, ongeacht of deze in de hoofdzaak zijn gesteld. Daartoe oordeelt de Hoge Raad – in de schadestaatprocedure! – dat de machine van meet af aan ondeugdelijk was geweest. Zodoende hoefde de bloemenkweker zich niet te beperken tot de schadeposten ontstaan door de schimmelinfectie in 1998. Dit arrest krijgt direct navolging bij de Rechtbank Rotterdam¹⁴³, op 6 maart 2013. In een procedure over het op onrechtmatige wijze aftroggelen van personeel en klanten overweegt deze rechtbank, in de schadestaat, dat wanneer onduidelijkheid ontstaat over hetgeen in de hoofdprocedure omtrent de grondslag van de aansprakelijkheid is vastgesteld, de rechter in de schadestaatprocedure de in de hoofdzaak gewezen uitspraak met het oog daarop zal moeten uitleggen.

Het oordeel in de hoofdzaak wordt veel strikter gevolgd door de Rechtbank Limburg.¹⁴⁴ In deze zaak had een werknemer een ongeluk gekregen, terwijl hij reed in de 'auto-ambulance' van zijn werkgever. Nadat de Hoge Raad¹⁴⁵ in de hoofdzaak zijn werkgever op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk had geoordeeld voor de gevolgen van het ongeval, startte de werknemer een schadestaatprocedure bij de rechtbank en vorderde zijn volledige schade. Op basis van recente rechtspraak, waarin andere werkgevers in vergelijkbare casussen op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk waren bevonden, maar dan wegens het niet hebben afgesloten van een adequate verzekering, betoogde de werkgever in de schadestaatprocedure dat niet de volledige schade maar slechts de schade wegens het ontbreken van adequate verzekeringsdekking voor vergoeding in aanmerking kwam. Die redenering gaat niet op, oordeelt de rechtbank. Vertrekpunt in de schadestaatprocedure is het dictum van het vonnis in de hoofdzaak

¹³⁶ Zie HR 5 november 1976, HR:1976:AB7103.

¹³⁷ HR:2013:BY7840.

¹³⁸ Zie de toevoeging aan art. 3:305a lid 2 BW (*Stb.* 2013, 255) en *Kamerstukken II*, 2011–2012, 33 126, nr. 3, p. 6.

¹³⁹ 19 april 2013, HR:2013:BZ2904.

¹⁴⁰ HR:2013:BY4124.

¹⁴¹ HR:2008:BD1674.

¹⁴² HR:2013:BY1071.

¹⁴³ RBR0T:2013:BZ4990.

¹⁴⁴ 16 januari 2013, RBLIM:2013:BY8751.

¹⁴⁵ 19 december 2008, HR:2008:BG7775.

en de daarin genoemde aansprakelijkheidsgrondslag.

In de schadestaat staat de rechter voor een dilemma als blijkt dat in de hoofdzaak een belangrijk punt niet is meegewogen. Als het oordeel in de hoofdzaak duidelijk is, moet dat in de schadestaat gevolgd worden, zegt de Hoge Raad op 20 december 2013.¹⁴⁶ Het ging hier om een buschauffeur die door een ongeval een whiplash had opgelopen en daardoor maar halve dagen kon chaufferen. In de hoofdzaak (tegen de veroorzaker van het ongeval) werd vastgesteld dat hij voor 50 procent arbeidsongeschikt was. In de schadestaat bleek echter dat de buschauffeur naast de 50 procent chauffeurswerkzaamheden nog een eigen bedrijfje had en dus over meer verdienvermogen beschikte. Het hof kende daarom schade toe uitgaande van slechts 25 procent arbeidsongeschiktheid. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel, omdat het hof gebonden is aan het oordeel in de hoofdzaak en dus aan het uitgangspunt van 50 procent arbeidsongeschiktheid.

Het staat de rechter in de schadestaat natuurlijk altijd vrij om te beoordelen óf de claimant schade heeft geleden. Ook al was in de hoofdzaak door de Hoge Raad¹⁴⁷ geoordeeld dat de Provincie Gelderland aansprakelijk was jegens Vitesse (wegens het verzwijgen van een opschortende voorwaarde – de toestemming van Gedeputeerde Staten – toen zij een aanzienlijke huurkorting toezegde voor het Gelredome), dan betreft dat alleen de grondslag van de vordering. De Rechtbank Oost-Nederland¹⁴⁸ constateert in de daaropvolgende schadestaatprocedure dat Vitesse geen schade heeft geleden *ten gevolge van deze verzwijging*. Anders gezegd, nu Vitesse de als schade geclaimde kosten sowieso had gemaakt, ontbreekt causaal verband en wijst de rechtbank de vordering af.

Vaste rechtspraak is dat, ondanks een verzoek tot verwijzing naar de schadestaat, in de hoofdzaak al een oordeel over de schade gegeven kan worden (zie de kroniek van 2012 en onder meer HR 2 februari 2012¹⁴⁹). Rechter vellen soms ook te snel een oordeel over de schade. Wanneer het partijdebat over de schade nog niet ten volle gevoerd is, moet de rechter in de hoofdzaak echt op zijn handen gaan zitten. Om deze reden fluit de Hoge Raad¹⁵⁰ het Haagse Hof terug: de beoordeling van het beroep van gedaagde op verzuim van de schadebeperkingsplicht door de eiser hoorde in dit geval thuis in de schadestaatprocedure.



UITSPRAAK

Termijn van verjaring rechterlijke uitspraak

Het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland¹⁵¹ van 2 oktober 2013 onderstrept nog eens dat partijen er alert op moeten zijn dat de verjaringstermijn van twintig jaar voor een rechterlijke uitspraak (art. 3:324 lid 1 BW) niet geldt voor de daarin mede uitgesproken ver-

oordeling tot betaling van wettelijke rente. Deze veroordeling valt onder de reikwijdte van art. 3:324 lid 3 BW, omdat de rente strikt genomen per dag is verschuldigd en het te betalen bedrag dus oploopt.¹⁵² Voor de rentecomponent geldt dan dus de (kortere) verjaringstermijn van vijf jaar. Het bepaalde in art. 3:324 lid 4 BW verzet zich er overigens niet tegen dat de verjaring van de bevoegdheid om bijkomende veroordelingen ten uitvoer te leggen eerder intreedt dan de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling.¹⁵³ En voor wat betreft de stuiting van verjaring in een dergelijk geval is HR 27 september 2013¹⁵⁴ van belang. Daarin oordeelt hij dat als een rechtsvordering is gestuit vóór de inwerkingtreding van het huidige BW, het overgangsrecht meebrengt dat de nieuwe termijn door het huidige BW wordt bepaald.

Varia

Op 6 maart 2013 oordeelt de Hoge Raad in twee klachtprocedures over de vraag of de civiele rechter buiten zijn boekje was gegaan door zich na het doen van uitspraak daarover uit te laten. In de eerste zaak¹⁵⁵ gaf een comparitierechter na doorhaling van de procedure uitleg over een ter comparitie gesloten vaststellingsovereenkomst. Zijn uitleg werd later door een van partijen naar voren gebracht in andere procedures. Dit gedrag van de comparitierechter kan volgens de Hoge Raad niet door de beugel. Hij acht het onwenselijk dat een rechter zich – anders dan in een getuigenverhoor – uitlaat over de betekenis van een ter zitting getroffen regeling. In de tweede zaak¹⁵⁶ mocht een kinderrechtter echter wél uitleg geven over door hem in een tussenbeschikking opgenomen onderzoeksvragen aan de Raad

146 HR:2013:2138.

147 25 juni 2010, HR:2010:BL5420.

148 16 januari 2013, RBONE:2013:BY8423.

149 HR:2012:BU4914.

150 1 maart 2013, HR:2013:BY6755.

151 RBMNE:2013:4698.

152 Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, blz. 943.

153 Zie ook GS Vermogensrecht, art. 1:324 Boek 3 BW, aant. 5.

154 HR:2013:CA3740.

155 HR:2013:BZ3458.

156 HR:2013:BZ3462.

voor de Kinderbescherming. Volgens de Hoge Raad wordt daardoor voorkomen dat overbodig of onvolledig onderzoek wordt verricht en bevordert dit een doelmatige en voortvarende rechtspleging in de door hem te beslissen zaak. Zie over het één ander ook het artikel 'De rechter spreekt door zijn vonnis' van Hofhuis in *TCR* 2013/3.

In zijn vonnis 29 november 2013 haalt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel¹⁵⁷ erg fel uit naar partijen en hun advocaten. Zo overweegt hij onder meer dat 'in een periode waarin (serieuze) advocaten en anderen aandacht vragen voor voorgenomen bezuinigingen op door de overheid gefinancierde rechtshulp' hier toevoegingsgelden worden besteed aan een 'geschil dat het niveau heeft van een kleuterruzie in de zandbak'. Volgens hem zouden partijen en hun advocaten zich moeten 'doodschamen' om in dit geval te gaan procederen en hebben zij er ook nog eens voor gekozen te gaan 'chicaneren'. Bij deze rechterlijke verbazing kan worden aangetekend dat het optreden van een advocaat voor een rechter soms niet begrijpelijk kan zijn, terwijl het toch op deskundige advisering van een (hele eigenwijze) cliënt berust.¹⁵⁸ In dit verband: A-G Spier hekelt in zijn conclusie¹⁵⁹ voor HR 25 oktober 2013 ander – kennelijk nog al eens voorkomend – gedrag van advocaten: het verwijzen naar vindplaatsen waar niets te vinden is. Volgens Spier moet zeker in een tijd van ingrijpende bezuinigingen de samenleving niet de rekening worden gepresenteerd voor onnodig werk van het rechterlijk apparaat.

VERSTEK/VERZET

Een automatische ontvangstbevestiging per mail, naar aanleiding van de toezending van een mail van de wederpartij met een verstekvonnis in de bijlage,

betreft geen daad van bekendheid in de zin van art. 143 Rv. De verzettermijn is daarmee dus niet gaan lopen, aldus de Rechtbank Oost-Brabant¹⁶⁰ op 2 oktober 2013.

Door een fout bij de rechtbank is de stelbrief van gedaagde niet in het goede dossier terechtgekomen en is verstekvonnis gewezen. Gedaagde stelt daartegen appel in, waarna de rolraadsheer hem vraagt of dit geen verzet had moeten zijn. Onder verwijzing naar HR 15 oktober 1993¹⁶¹ betoogt gedaagde dat hij door in het geding te verschijnen het (ten onrechte) verleende verstek heeft gezuiverd, de procedure daarom verdergaat op tegenspraak en aldus appel (en niet verzet) het juiste rechtsmiddel is. De rolraadsheer acht deze redenering valide en verklaart gedaagde ontvanke-lijk in zijn appel (Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013¹⁶²).

VERZOEKSCHRIFTPROCEDURE

Ook in verzoekschriftprocedures geldt dat, na overname van het geding door de curator (in dit geval op grond van art. 27 lid 3 Fw), de gefailleerde geen procespartij meer is, zo oordeelt de Hoge Raad op 12 april 2013.¹⁶³ Alleen de curator kwam dus het recht toe cassatieberoep in te stellen tegen de beschikking van het hof. Voor dagvaardingsprocedures was dit al bepaald in HR 11 januari 2002¹⁶⁴ en HR 23 april 2010.¹⁶⁵ De regeling van rechtsvorderingen in artt. 25-30 Fw ziet immers op alle vorderingen als bedoeld in artt. 25 en 26 Fw, ongeacht of de procedure met een dagvaarding of met een verzoekschrift wordt ingeleid.

In HR 26 april 2013¹⁶⁶ is duidelijkheid geschapen over de mogelijkheid om – net als in andere verzoekschriftprocedures – ook in alimentatiezaken uiterlijk

ter zitting verweer te voeren én om – in appel – uiterlijk ter zitting incidenteel hoger beroep in te stellen. De regeling van art. 282 lid 1 Rv in eerste instantie en van art. 362 Rv in appel geldt dus ook in alimentatiezaken (of zoals de wet deze noemt: zaken van levensonderhoud). Hieraan doet niet af dat art. 801 lid 1 Rv specifiek voor alimentatiezaken bepaalt dat de zittingsoproep een termijn voor indiening van het verweerschrift mag bevatten. De reden voor die termijnstelling is namelijk dat, indien binnen die termijn geen verweerschrift wordt ingediend, de rechter uit efficiëntieoverwegingen kan afzien van een zitting. De Hoge Raad overweegt dat de wetgever met deze mogelijkheid van de rechter niet heeft bedoeld om in dit soort zaken af te wijken van de algemene regel van art. 282 lid 1 Rv. Zodoende kan een verweerder, ook na het verstrijken van de daarvoor gestelde termijn, tot de aanvang van de zitting een verweerschrift indienen, als de rechter tenminste heeft bepaald dát een zitting plaatsvindt. Ten slotte verduidelijkt de Hoge Raad dat de verweerder (in appel) steeds tot de zitting incidenteel appel kan instellen en dat art. 801 lid 1 Rv daar niets over te zeggen heeft.

WIJZIGING VAN EIS

In de kroniek van 2012 noemden wij de wettelijke regel dat in zaken met verplichte procesvertegenwoordiging geen eisvermeerdering ter zitting kan worden gedaan; dat moet bij conclusie of akte, zij het dat het ook bij een ter zitting door de procesvertegenwoordiger verzochte mondelinge akte mag (HR 22 juni 2012¹⁶⁷). Een ter comparitie (door de advocaat van een hypotheekgever) vermeerderde eis tot afgifte (ex art. 843a Rv) van een afschrift van het acceptatiedossier door de bank/hypotheeknemer, wordt door de Rechtbank Rotterdam¹⁶⁸

157 RBOVE:2013:2966.

158 Vgl. Bannier in *JBPr* 2011/38.

159 PHR:2013:839 (sub 3.6.2).

160 RBOBR:2013:5577.

161 HR:1993:ZC1094.

162 GHARL:2013:5040.

163 HR:2013:BZ1065.

164 HR:2002:AD4929.

165 HR:2010:BL5450.

166 HR:2013:BZ0159.

167 HR:2012:BW5695.

168 1 mei 2013, CA3410

echter als strijdig met de goede procesorde beoordeeld en daarom afgewezen. Dit omdat de eis pas laat in de procedure was ingesteld en vanwege het feit dat de bank niet eerder om een afschrift van het dossier was gevraagd en dus niet vaststond dat de bank afgifte weigerde. In appel is de mogelijkheid van eiswijziging nog meer beperkt door de huidige strakke twee-conclusieregel van de Hoge Raad. Na memorie van grieven kan de appellant zijn eis dus in beginsel niet meer wijzigen. Het Hof Den Bosch¹⁶⁹ stond in een vrijwaringszaak toch een uitzondering toe. Door ontwikkelingen in de hoofdzaak mocht de eiser in de vrijwaring na zijn memorie van grieven zijn eis wijzigen, juist vanwege de samenhang tussen hoofd- en vrijwaringszaak. Overigens mag eiser in appel, in het kader van een eiswijziging, de grondslag van zijn vordering volledig herzien. Zo staat het Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁷⁰ toe dat de in eerste instantie genoemde grondslag van geldlening in appel werd omgevoerd tot onverschuldigde betaling, althans onrechtmatige daad. Het feit dat de wederpartij zich maar in één feitelijke instantie tegen de nieuwe grondslag kan verweren staat volgens het hof niet in de weg aan deze mogelijkheid tot eiswijziging.

WRAKING

De wrakingskamer van het Amsterdamse Hof beoordeelt op 19 februari 2013¹⁷¹ wrakingsverzoeken tegen twee raadsheren en geeft daarbij duidelijk de maatstaf weer. Eén raadsheer werd gewraakt omdat zij in een eerdere procedure tussen partijen het pleidooi had voorgezeten. Het hof bekijkt dan of de twijfel van de klagende partij aan de onpartijdigheid van de rechter door objectieve factoren wordt gerechtvaardigd. Een eerder rechterlijk oordeel



kan onder omstandigheden bijdragen aan een objectief gerechtvaardigde vrees dat het de rechter ontbreekt aan onpartijdigheid. Deze zogenaamde functiecumulatie doet zich met name voor wanneer een rechter in een eerdere procedure over hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen een oordeel heeft gegeven of wanneer de rechter in een zogenaamde 'pre-trial decision' een voorlopig oordeel heeft gegeven over datgene waarover in de hoofdprocedure nog moet worden beslist. In dit geval betrof de eerdere procedure echter een ander geschilpunt dan in het kort geding waarin het wrakingsverzoek werd gedaan. Zodoende bestond bij de raadsheer in kwestie geen objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringegenomenheid en evenmin de schijn daarvan, zodat het verzoek werd afgewezen (zie in gelijke zin ook Hof Amsterdam 23 april 2013¹⁷²). De andere raadsheer werd gewraakt omdat zij ter zitting 'een volwassen discussie' wilde uitlokken. De wrakingskamer constateert dat deze poging door de wrakende partij kennelijk niet zo is begrepen, zodat de raadsheer in die zin haar doel voorbij is geschoten. Het wrakingsverzoek wordt evenwel afgewezen, omdat in objectieve zin geen schijn van vooringegenomenheid bestaat. Wel merkt het hof op dat het uitlokken en voeren van

een juridische discussie op het scherp van de snede – de raadsheer in kwestie legde daartoe partijen confronterende vragen voor – hoge eisen stelt aan de verbale en non-verbale communicatie van rechters. Het gevaar van miscommunicatie ligt op de loer! Vergelijkbare en andere bejegeningklachten en overige wrakingsverzoeken in alle soorten en maten staan in de 'Special wraking' in aflevering 2013/52 van de *NJ Feitenrechtspraak*. Ten slotte staat in *NJB* 2013/22 een helder betoog van Van Rossum en Tigchelaar over het fenomeen wraking en de mogelijke alternatieven daarvoor ('Een empirisch gefundeerde bespreking van mogelijke wijzigingen van de wrakingsprocedure').

Hoger beroep van een wrakingsbeslissing moet overigens worden ingesteld tegelijk met het appel van het eindvonnis, bevestigt Hof Amsterdam¹⁷³ op 6 augustus 2013. Een wrakingsverzoek moet worden aangemerkt als een incidentele vordering in die hoofdzaak, zodat de beslissing op dat verzoek – waarin geen einde wordt gemaakt aan het geschil ter zake van enig deel van het gevorderde in de hoofdzaak – een tussenvonnis is in de zin van art. 337 lid 2 Rv (zie ook Hof Amsterdam 16 mei 2011¹⁷⁴). <<

169 16 juli 2013, GHSHE:2013:3183.

170 3 september 2013, GHARL:2013:6448.

171 GHAMS:2013:2757.

172 GHAMS:2013:2784.

173 GHAMS:2013:2583.

174 GHAMS:2011:BQ8712.