

# KRONIEKEN

---

BURGERLIJK PROCESRECHT  
2017-2018

---



# INHOUD

## Kroniek Burgerlijk Procesrecht 2017-2018

- 65** Algemene beginselen  
**65** Hoor en wederhoor  
**66** Producties  
**66** Recht op mondelinge behandeling  
**66** Varia
- 66** Arbitrage en bindend advies  
**66** Arbitrage  
**67** Bindend advies
- 67** Beslag  
**67** Eis in hoofdzaak  
**67** Europees bankbeslag  
**67** Herziening beslag- en executierecht
- 68** Bevoegdheid  
**68** Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en belastingrechter  
**68** Immunitie van jurisdictie  
**68** Bevoegdheid onder Brussel I-bis Verordening  
**69** Bevoegdheid onder Brussel II-bis Verordening  
**69** Litispendentie
- 70** Bewijs  
**70** Bewijsaanbod  
**71** Bewijslastverdeling  
**71** Bewijsmiddelen  
**72** Getuigenbewijs  
**72** Voorlopig getuigenverhoor  
**73** Deskundigenbericht  
**73** Voorlopig deskundigenbericht
- 73** Dagvaarding  
**73** Internationale betekening
- 74** Executie  
**74** Dwangsom  
**74** Exequatur
- 75** Exhibitieplicht
- 76** Hoger beroep  
**76** Appeltermijn  
**76** Appellabiliteit  
**76** Berusting  
**76** Deelgeschilprocedure en hoger beroep  
**77** Procedure na verwijzing  
**77** Procesreglementen  
**77** Rolbeschikking  
**77** Termijnen  
**77** Tweeconclusieregel  
**78** Varia
- 79** Incidenten  
**79** Voeging en tussenkomst  
**79** Vrijwaring  
**79** Uitvoerbaar bij voorraad verklaring  
**80** Zekerheidstelling
- 80** Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI)  
**80** Gefaseerde inwerkingtreding  
**81** Bepalingen uit de KEI-wetgeving die landelijk in werking zijn getreden  
**81** *Faciliteren 'willige rechtsmacht' artikel 96 Rv*  
**82** *Nadere informatie en beperkte kennisneming van stukken*  
**82** *Versterkte regiefunctie van de rechter*  
**83** *Mogelijkheid van mondelinge einduitspraak ter zitting*
- 84** Uitspraken in KEI-zaken  
**84** *Bezorging op informele wijze*  
**84** *Herstel*  
**84** *Kantoorbetekening*  
**84** *Verwijzing*  
**85** *Vrijwaring*
- 85** Kosten  
**85** Griffierecht  
**85** Proceskosten
- 85** Kort geding  
**85** Netherlands Commercial Court (NCC)
- 86** Partijperikelen  
**86** Belanghebbende  
**86** Lastgeving  
**86** Processueel ondeelbare rechtsverhouding  
**86** Schorsing van het geding op de voet van artikel 225 Rv  
**86** Vertegenwoordiging
- 87** Pleidooi  
**87** Schadestaatprocedure  
**87** Uitspraak  
**87** Verstek/Verzet  
**88** Verzoekschriftprocedure  
**88** Wraking

## COLOFON

Publicatiedatum 5 februari 2019

### 99e jaargang

Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

**Hoofdredacteur**  
Kees Pijnappels

**Samenstelling**  
Nathalie Gloude-mans-Voogd

### Advocaat-redactieleden

Jan Wouter Alt, Aldert van der Bent, Yola Geradts, Karol Hillebrandt, Jack Linssen, Robert Malewicz, Coline Norde, Christiane Verfuurden, Paulien Willemsen, Rogier Wolf

**Beeldredactie**  
Charlotte Helmer

**Illustraties**  
Floris Tilanus

**Vormgeving**  
Textcetera, Den Haag

**Correctie**  
Sandra Braakmann

**Druk**  
Wilco, Amersfoort

### Citeerwijze

*Adv.bl.* 2019-1, Kroniek Burgerlijk Procesrecht 2017-2018, p.

### Aan dit nummer werkten mee

Robert Hendrikse en Leonie Rammelo.

### Redactionele bijdragen

Bijdragen kunnen naar [redactie@advocatenorde.nl](mailto:redactie@advocatenorde.nl).

Per 500 woorden leveren deze 1 opleidingspunt op.

De redactie heeft het recht bijdragen in te korten.

De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer

070 - 335 35 70.

### Boom juridisch

Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

### Bureau van de orde

Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag, postbus 30851, 2500

GW Den Haag, [info@advocatenorde.nl](mailto:info@advocatenorde.nl), 070-335 35 35,

helpdesk: [helpdesk@advocatenorde.nl](mailto:helpdesk@advocatenorde.nl), 070-335 35 54.

### Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 2001 én een e-mailattending. Kijk op [www.advocatenblad.nl](http://www.advocatenblad.nl) voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en worden stilzwijgend verlengd, tenzij het abonnement schriftelijk wordt opgezegd. Na afloop van het eerste abonnementsjaar dient u rekening te houden met een opzegtermijn van één maand. Kijk op [www.tijdschriften.boomjuridisch.nl](http://www.tijdschriften.boomjuridisch.nl) voor meer informatie.

Wilt u een abonnement afsluiten of heeft u vragen? Neem dan contact op via [klantenservice@boomdenhaag.nl](mailto:klantenservice@boomdenhaag.nl) of via telefoonnummer 070-330 70 33.

### Adreswijzigingen

Boom juridisch via [klantenservice@boomdenhaag.nl](mailto:klantenservice@boomdenhaag.nl)

of via telefoonnummer 070-330 70 33.

Adreswijzigingen van advocaten:

[adres@advocatenorde.nl](mailto:adres@advocatenorde.nl).

### Media-advies

Maarten Schüttel

### Advertentiedeelname

Capital Media Services B.V., Staringstraat 11,

6521 AE Nijmegen

Tel. 024 - 360 77 10, [mail@capitalmediaservices.nl](mailto:mail@capitalmediaservices.nl)

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaardt de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoelvoudiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.



# KRONIEK

## BURGERLIJK PROCESRECHT

### 2017-2018

Deze kroniek bevat een selectie van uitspraken en ontwikkelingen vanaf januari 2017 tot begin december 2018. Specifieke ontwikkelingen in de wijze van procederen in cassatie worden buiten beschouwing gelaten.

DOOR / ROBERT HENDRIKSE & LEONIE RAMMELOO

#### ALGEMENE BEGINSELEN

##### Hoor en wederhoor

Wat te doen als er twee verschillende versies van een memorie van grieven in omloop zijn? Dat was het geval in de zaak die leidde tot HR 16 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1108). A-G De Bock vraagt zich in haar conclusie voor dit arrest<sup>1</sup> dan ook af of door beide partijen gefourneerde dossiers (nog) wel door het hof met elkaar worden vergeleken. Navraag leert haar dat gefourneerde dossiers alleen worden vergeleken als daartoe aanleiding is, zoals bijvoorbeeld in het geval in één van de gefourneerde dossiers stukken ontbreken. Als een zaak is afgedaan, blijkt verder alleen het griffiedossier te worden bewaard. In ieder geval was in deze zaak niet meer na te gaan of het betreffende hof de door beide partijen gefourneerde dossiers had vergeleken. Wel is duidelijk dat hier het beginsel van hoor en wederhoor (meer in het bijzonder: het recht op tegenspraak) is geschonden doordat de geïntimeerde zich niet heeft kunnen uitlaten over een door het hof in zijn oordeel betrokken stelling, die uitsluitend was opgenomen in de versie van de memorie van grieven waarover het hof beschikte. De Hoge

Raad casseert dan ook en verwijst naar een ander hof waar de betreffende partij zich alsnog over die stelling zal kunnen uitlaten.

Dat beide partijen in hoger beroep fourneren, zal overigens niet vaak (meer) voorkomen nu alleen de partij die arrest vraagt dat hoeft te doen. De andere partij is daartoe slechts bevoegd. Zie artikel 5.2 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven.<sup>2</sup> Als u fourneert, denkt u dan trouwens wel aan de in die bepaling opgenomen aanbeveling om in het procesdossier alleen (uitstekende) tabbladen te gebruiken van papier/karton? Naar verluidt voorkomt dit ergernis bij de raadsheer die het arrest in concept opstelt en daarna bij het weggooiën van de dossiers het papier moet scheiden van het plastic.

Uit HR 25 mei 2018 (ECLI:NL:HR:2018:774) blijkt dat het oppassen is met afspraken maken ter zitting over het verdere verloop van de procedure. Hier was tijdens een mondelinge behandeling in hoger beroep van een faillietverklaring de afspraak gemaakt dat de aanvrager van het faillissement en de curator zich op korte termijn over een nog door het hof

te ontvangen brief van de advocaat van de failliet zouden uitlaten en dat het hof de dag daarna uitspraak zou doen. De aanvrager had zich uitgelaten over bedoelde brief maar klaagt in cassatie dat zij zich niet heeft kunnen uitlaten over de reactie van de curator en deze reactie zelfs niet gezien heeft. In zijn conclusie voor dit arrest kwalificeert A-G Van Peurse dit als een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. De Hoge Raad ziet dat echter anders. Met de afspraken ter zitting hebben partijen op dat punt afstand gedaan van het recht op wederhoor zodat het hof de reactie van de curator in zijn oordeel mocht betrekken. Dat zou volgens de Hoge Raad anders zijn geweest als de reactie van de curator meer of andere uitlatingen had bevat dan waarop de genoemde afspraak zag.

In zijn arrest van 30 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2216) casseert de Hoge Raad wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor door het hof. Appellant had zich alleen mogen uitlaten over de eisvermeerdering op zich, maar was niet in de gelegenheid gesteld inhoudelijk te reageren op de vermeerderde eis zelf. Bij die stand van zaken had het hof

---

**Robert Hendrikse** en **Leonie Rammeloo** zijn beiden werkzaam bij Van Doorne NV in Amsterdam. Robert is tevens docent Burgerlijk Procesrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

niet mogen uitgaan van de juistheid van de gewijzigde stellingen.

### Producties

HR 10 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:404) onderstreept nog eens dat advocaten duidelijk moeten aangeven waarom een feit uit een productie diens standpunt ondersteunt. De enkele omstandigheid dat uit een door een partij overgelegd stuk een bepaald feit blijkt, impliceert natuurlijk niet dat zij zich ter ondersteuning van haar standpunt op dat feit beroept. Voor de wederpartij moet immers duidelijk zijn waartegen zij zich moet verweren en voor de rechter wat hem ter beoordeling wordt voorgelegd.

### Recht op mondelinge behandeling

In 2014 heeft de Hoge Raad als uitgangspunt gegeven dat de rechter ten overstaan van wie een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, ook de rechter moet zijn die de uitspraak wijst.<sup>3</sup> Dit is nader uitgewerkt/verduidelijkt in een arrest uit 2016.<sup>4</sup> In HR 22 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3259 en ECLI:NL:HR:2017:3264) en HR 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:484) wordt het verruimde begrip van het recht op 'oral hearing' toegepast op de praktijk in bepaalde typen van zaken om mondelinge behandelingen door een rechter- of raadsheercommissaris te laten verrichten, waarna de opvolgende uitspraak wel door het voorgeschreven drietal rechters of raadsheren wordt gedaan. Uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling zal aan hen moeten worden meegedeeld dat is bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van een rechter-commissaris of raadsheer-commissaris. Aan partijen dient gelegenheid te worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Blijkens HR 22 juni 2018 (ECLI:NL:

HR:2018:971 en ECLI:NL:HR:2018:976) volstaat het als het toepasselijk procesreglement daarin voorziet.

### Varia

HR 24 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:305) laat zien dat rechters partijen niet uitsluitend mogen 'afrekenen' op wat zij ter zitting hebben verklaard of juist achterwege hebben gelaten te verklaren. Hier had het hof ten onrechte zijn oordeel enkel gegrond op het achterwege blijven van een betwisting ter zitting zonder daarbij rekening te houden met de schriftelijke stukkenwisseling waarin de betreffende stelling juist wel was betwist. Op zich had dit wel gemogen, maar dan had het hof moeten motiveren waarom de gang van zaken tijdens de zitting de doorslag heeft gegeven ten gunste van een bepaald standpunt.

### ARBITRAGE EN BINDEND ADVIES

#### Arbitrage

Het binnen de juiste termijn instellen van een vernietigingsactie is geen sinecure, zo leert HR 15 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:914). Op grond van artikel 1064a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gelden twee termijnen: een termijn van drie maanden na het verzenden of (indien afgesproken) de depo-

plastic tabbladen?  
Dan verklaar ik u bij deze  
niet ontvankelijk...



nering van het arbitrale vonnis en een termijn van drie maanden na de betekening van het vonnis aan de verliezende partij. Zit er veel tijd tussen verzending/deponering en betekening, dan moet de verliezende partij opletten met zijn vernietigingsactie niet tussen wal en schip te vallen. Bursa stelde een vernietigingsactie in na afloop van de eerste termgijn, maar voordat het vonnis was betekend (dus voordat de tweede termijn liep), en was, aldus de Hoge Raad, niet-ontvankelijk. In zijn arrest van 15 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2017:299) stelt de Hoge Raad een Tsjechische arbitrale beslissing, waarin een tussenbeslissing ('Partial Award') als finale beslissing werd aangeduid en daarmee rechtskracht werd ontnomen aan de eindbeslissing ('Final Award'), op een lijn met een vernietiging van het vonnis door een bevoegde autoriteit. Het gevraagde verlof tot erkenning en tenuitvoerlegging van de 'Final Award' kon daarom door de Nederlandse rechter worden geweigerd. In *Bb 2017/17* geeft N. Ten Kate in een artikel getiteld 'Rechterlijke toetsing van arbitrale vonnissen: tenuitvoerlegging, vernietiging en herroeping' een helder overzicht voor de praktijk.



## Bindend advies

Een bindend advies is een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW is en kan door de civiele rechter slechts zeer terughoudend worden getoetst aan het criterium van artikel 7:904 lid 1 BW (vernietiging vindt alleen plaats wanneer gebondenheid aan het bindend advies 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'). 'Die lat ligt hoog', zegt de Rechtbank Gelderland kernachtig op 10 januari 2018 (ECLI:NL:RBGEL:2018:220). Het advies moet daarvoor 'apert onjuist' zijn, volgens het Hof Amsterdam op 16 januari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:117), dan wel geen recht doen aan het beginsel van hoor en wederhoor, aldus het hof Arnhem-Leeuwarden op 17 juli 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:6575). Uit een vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 15 maart 2017 (ECLI:NL:RBNHO:2017:1769) blijkt dat deelname aan een televisieprogramma met een 'rijdende rechter'-format geschiedt op grond van een overeenkomst tot bindend advies. In deze kwestie had de 'eiser' zelf 'mr. Frank Visser' benaderd over zijn geschil met de eigenaar van een naburig perceel. In het programma kwam hij echter zelf als de boeman uit de bus en in het bindend advies van mr. Visser werd hem een gebiedsgebod op straffe van een boete opgelegd. In de vernietigingsprocedure kon de rechtbank daar weinig aan veranderen; niet alleen vanwege het criterium van artikel 7:904 lid 1 BW, maar ook gezien de bepaling in de overeenkomst tot bindend advies 'dat mr. Visser iedere uitspraak kan doen die hij ter oplossing van het conflict redelijk en billijk acht en daarbij niet gebonden is aan de vordering en de eventuele tegenvordering'. Spannende televisie dus, ook voor de deelnemers.

## BESLAG

### Eis in hoofdzaak

Ingevolge artikel 700 lid 3 Rv dient – als dit nog niet is gebeurd – binnen een in het beslagverlof door de

voorzieningenrechter te bepalen termijn de eis in de hoofdzaak te worden ingesteld. Die hoofdzaak kan ook een buitenlandse procedure zijn mits deze met voldoende waarborgen is omkleed.<sup>5</sup> Voor het antwoord op de vraag of de eis in hoofdzaak is ingesteld, is niet bepalend wanneer de wederpartij (de beslagdebiteur) van het instellen van de eis in de hoofdzaak op de hoogte is (gesteld), legt de Hoge Raad uit in zijn arrest van 25 mei 2018 (ECLI:NL:HR:2018:773). Hij overweegt dat aan het ingesteld zijn (aanhangig zijn) van de eis in de hoofdzaak niet in de weg staat dat de proceshandeling een 'ex parte'-karakter heeft. Naar Nederlands procesrecht kan een zaak immers aanhangig zijn door de indiening van een inleidend processtuk zonder dat dit de wederpartij of andere belanghebbenden al heeft bereikt. In dat kader verwijst naar de Hoge Raad naar een procedure die met een verzoekschrift moet worden ingeleid en aanhangig is vanaf de dag van indiening daarvan bij het gerecht (art. 278 lid 2 Rv in verbinding met art. 69 lid 1 Rv). Ook wordt gewezen op zaken waarin de gehele KEI-wetgeving van toepassing is (zie ook hierna sub KEI). Dan is een zaak aanhangig met ingang van de dag waarop de procesinleiding is ingediend (art. 125 KEI-Rv). Pas daarna wordt de wederpartij of worden de belanghebbenden opgeroepen en aldus van de procedure op de hoogte gebracht.

### Europees bankbeslag

De verordening inzake het Europees bankbeslag<sup>6</sup> is op 18 januari 2017 in werking getreden. Daarmee is het – onder bepaalde voorwaarden – mogelijk om binnen Europa op eenvoudige wijze grensoverschrijdend conservatoir derdenbeslag onder banken te leggen. De betekenis lijkt voor Nederlandse schuldeisers beperkt omdat het Nederlandse executie- en beslagrecht meer mogelijkheden biedt voor de schuldeiser die beslag wenst te leggen. Onbekend maakt onbemind, volgens C.G. van

der Plas en D. Beunk in *FIP 2018/312*. Zij concluderen dat EAPO nog weinig wordt toegepast, terwijl het bij de gelijktijdige beslaglegging van verschillende bankrekeningen in diverse lidstaten volgens hen voordelen biedt ten opzichte van de lokale route of die van Brussel I-bis Verordening.

### Herziening beslag- en executierecht

De laatste grootscheepse herziening van het beslag- en executierecht vond plaats in 1992 bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Sommige bepalingen gaan zelfs terug op de Franse regelgeving die Napoleon invoerde en zijn meer dan twee eeuwen oud. Inmiddels is de maatschappij ingrijpend veranderd en rijzen er nieuwe vragen, zoals of beslag op bitcoins mogelijk is. In *BER 2018/2* komen M.J.W. Van Ingen en W.J.G. Smits tot de conclusie dat de wet geen grondslag biedt voor een dergelijk beslag. Als de stap wordt gemaakt dat de bitcoin kwalificeert als een (vermogens)recht, zodat beslag op grond van de zogenoemde vangnetregeling van artikel 474bb Rv mogelijk is, zien zij grote praktische problemen bij de uitwinning van het beslag. Een andere nieuwe interessante vraag is of beslag met behulp van een drone kan worden gelegd op roerende zaken. In *TVR 2017-5/6* ziet S. Nocco geen civielrechtelijke belemmeringen daarvoor. Voor een scheepsbeslag met een drone moet volgens Nocco wel de wet worden aangepast. Een hoop nieuwe vragen dus waar, tot teleurstelling van onder meer A.W. Jongbloed in *TvPP 2018/5*, het (concept)wetsvoorstel Herziening beslag- en executierecht niet in voorziet. Dit voorstel ging op 7 juni 2018 in internetconsultatie; eind juli 2018 is die gesloten. Toen daarvoor bekend werd dat het beslag- en executierecht zou worden herzien hebben S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten een groot aantal specialisten vanuit verschillende disciplines bereid gevonden om in het *Compendium Beslag- en executierecht*<sup>7</sup>

in te gaan op de tekortkomingen van het huidige recht en te komen met oplossingen en slimme vondsten.<sup>8</sup> Nu is het wachten op het definitieve wetsvoorstel dat naar verwachting in het voorjaar van 2019 aan de Tweede Kamer wordt aangeboden.

## BEVOEGDHEID

### Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en belastingrechter

HR 16 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1103) verduidelijkt<sup>9</sup> dat de belastingrechter – in het kader van een beroep tegen een fiscaal besluit – mede kan nagaan of een daaraan ten grondslag liggende overeenkomst met de belastingplichtige rechtsgeldig is. Bij die stand van zaken ziet de Hoge Raad dan ook geen grond voor aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter.

### Immunititeit van jurisdictie

In zijn arrest van 1 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3054) komt de Hoge Raad terug van zijn eerdere rechtspraak. De Nederlandse rechter is in een versteksituatie niet (meer) slechts bevoegd maar inmiddels ook gehouden om ambtshalve te onderzoeken of aan de vreemde staat of de internationale organisatie immuniteit van jurisdictie toekomt. De rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht brengen wel mee dat deze verplichting tot ambtshalve toetsing slechts geldt in zaken die na 1 januari 2018 aanhangig zijn

gemaakt. Zie ook HR 20 januari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:56 en ECLI:NL:HR:2017:57) voor verdere uitgangspunten bij het procederen tegen een internationale organisatie in Nederland.

### Bevoegdheid onder Brussel I-bis Verordening<sup>10</sup>

In het Kalimijnen-arrest<sup>11</sup> uit 1976 heeft het Europees Hof van Justitie beslist dat het criterium 'de plaats waar het schade brengende feit zich heeft voorgedaan' uit (thans) artikel 7 sub 2 Brussel I-bis Verordening aan de eiser de keuze geeft om een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen voor het gerecht van de plaats waar de schade veroorzaakt is ('Handlungsort') of voor het

gerecht van de plaats waar de schade intreedt ('Erfolgsort'). HR 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2358) onderstreept dat bij vermogensschade die rechtstreeks intreedt op een bankrekening, bijkomende omstandigheden nodig zijn voor het aannemen van rechtsmacht. De Hoge Raad laat in het midden aan welke omstandigheden hierbij moet worden gedacht. Zie daarvoor de annotatie van L. Strikwerda onder dit arrest in *NJ 2018/39*. Artikel 24 sub 2 Brussel I-bis Verordening bevat een exclusief forum voor het land van de rechter waar een vennootschap/rechtspersoon is gevestigd bij geschillen over de geldigheid, de nietigheid of ontbinding van vennootschappen/

# BINDEND ADVIES

met  
Mr Frank Fisher

Als

# De dolende rechter





rechtspersonen met een plaats van vestiging in een lidstaat, alsmede bij geschillen over de geldigheid of de nietigheid van besluiten van hun organen. In de woorden van G. van Solinge in *NJ 2018/351* lijkt het HvJ EU in zijn arrest van 7 maart 2018 (ECLI:EU:C:2018:167) de reikwijdte van deze exclusieve bevoegdheidsregel voor het eerst een beetje op te rekken. Het hof acht die regel ook van toepassing bij een intern geschil binnen een vennootschap. De ingestelde vordering moet alleen wel betrekking hebben op de geldigheid of nietigheid van het besluit.

### Bevoegdheid onder Brussel II-bis Verordening<sup>12</sup>

De omstandigheid dat bij de Neder-

landse rechter geen echtscheidingsprocedure aanhangig is of kan worden gemaakt, staat niet in de weg aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter tot het treffen van nevenvoorzieningen met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid, indien het kind gewone verblijfplaats in Nederland heeft (zie HR 12 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:31).

### Litispendentie

Men spreekt van 'litispendentie' als een zaak – tussen dezelfde partijen en betreffende hetzelfde onderwerp – reeds bij een andere rechter aanhangig is. Als dat in EU-verband aan de orde is, dient de rechter bij wie de zaak het laatst is aangebracht, de zaak aan te houden totdat de

bevoegdheid vaststaat van de rechter bij wie de zaak het eerst aanhangig werd gemaakt (art. 29 Brussel I-bis Verordening). Hier wordt in de praktijk nogal eens misbruik van gemaakt door schuldenaren die verwachten dat ze op korte termijn zullen worden gedagvaard door de schuldeiser. Dan start de schuldenaar die een claim verwacht een verwante procedure in een ander EU-land waarvan men weet dat de rechter er lang over zal doen een beslissing te nemen over de vraag of hem (als eerst aangezochte rechter) bevoegdheid toekomt. Voor een partij die een dergelijke – zogenoemde – 'Italiaanse torpedo' wil afschieten, is het goed te weten dat het Europees Hof van Justitie met zijn arrest van



4 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:343) de weg afsnijdt voor schuldenaren die hopen een dergelijke aanhouding te bereiken met een – veelal makkelijker te organiseren – voorafgaande proceshandeling, zoals een voorlopig deskundigenonderzoek. In dit geval ging het om een Franse voorafgaande bewijsprocedure, die autonoom is ten opzichte van de bodemprocedure die eventueel daarna kan worden ingesteld. Gelet op deze autonome aard en de zeer duidelijke scheiding die bestaat tussen de bewijsprocedure enerzijds en de eventuele bodemprocedure anderzijds, gaat het hof ervan uit dat het moment waarop de bewijsprocedure is gestart niet het moment kan vormen waarop de zaak is aangebracht in de zin van (thans) artikel 32 Brussel I-bis Verordening. In *TvPP 2017-6* plaatst L.A. van Amsterdam dit arrest in Nederlandse context en komt tot de conclusie dat met een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht geen voorrang kan worden afgedwongen. Die constatering leidt volgens hem ook gelijk tot de waarschuwing dat een partij die in Nederland wenst te procederen en in dat kader een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht overweegt, zich dient af te vragen of daarmee geen slapende – Europese – honden wakker worden gemaakt. Er bestaat immers het risico dat lopende dit proces (of direct na afronding daarvan) een bodemprocedure in een andere lidstaat aanhangig wordt gemaakt en

dat langs die weg het thuisvoordeel onnodig uit handen wordt gegeven.

## BEWIJS

Een commissie van experts heeft de minister op 10 april 2017 geadviseerd over modernisering van het bewijsrecht. Diverse schrijvers hebben delen uit het advies beschreven en becommentarieerd, waaronder J. Ekelmans over het inzagerecht in *TvP 2017-5*, L.M. van den Berg over schriftelijke getuigenverklaringen in *Trema 2017/7* en M.A.J.G. Jansen over deskundigenbewijs in *JBPr 2018, afl. 3*. Op basis van dit advies is in juni 2018 het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht ter consultatie voorgelegd. Strekking van het Wetsvoorstel is dat bewijslevering in een eerder stadium van de procedure (en zelfs voorafgaand aan de procedure) plaatsvindt. Het bewijsrecht gaat meer in de richting van de Angelsaksische *discovery*.

## Bewijsaanbod

In deze Kroniek<sup>13</sup> staan geregeld de vereisten aan een bewijsaanbod, die bij voldoening maken dat een rechter een (getuigen)bewijsaanbod niet mag passeren: een partij moet i) specifiek bewijs aanbieden, ii) van voor de beslissing relevante feiten, iii) waarbij de verklaringen van getuigen specifieke stellingen onderbouwen en iv) eerder gehoorde getuigen meer of anders verklaren dan zij eerder deden. Ook de

(minder strenge) vereisten aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs zijn al vaker genoemd: dat aanbod hoeft niet te zijn gespecificeerd, maar de feiten waartegen een partij tegenbewijs wil leveren moeten wel voldoende gemotiveerd zijn betwist. Op 14 december 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2320) legt de Hoge Raad nog uit dat voor het slagen van een aanbod tot het leveren van tegenbewijs door een partij dus niet vereist is dat deze partij erin moet zijn geslaagd om voorshands door de wederpartij geleverde bewijs te ontkrachten. Echt nieuw is dat al deze vereisten ook gelden in arbeidsrechtelijke procedures, vgl. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 en HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045. Voorheen kende de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW maar één instantie; de daardoor bijzondere aard van die procedure maakte dat de (kanton)rechter niet aan de gewone bewijsregels was gebonden. Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) per 1 juli 2015 staat in ontbindingsprocedures ook (gewoon) appel en cassatie open, reden waarom de gewone bewijsregels moeten gelden. Naar aanleiding van deze recente arresten raadt E. Verhulp, in zijn noot in *NJ 2018/396*, werkgevers aan om in een functioneringsdossier ter onderbouwing van een ontbindingsverzoek ook het standpunt van de werknemer én de weerlegging daarvan op te nemen, om zodoende het debat aan de hand van stellingen en onderbouwing over en weer naar voren te halen en niet pas ten overstaan van de rechter te voeren.





In het *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017/3 legt M.A.J.G. Janssen in het algemeen en voor diverse specifieke situaties uit hoe een bewijsaanbod voldoende geconcretiseerd en gespecificeerd is.

De voor beroepsbeoefenaren in aansprakelijkheidskwesties geldende verzwaarde motiveringsplichten aanzien het verweer (vgl. het gynaecoloog-arrest van 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1269 en recenter in een zaak tegen een notaris, HR 19 februari 2016, ECLI:HR:2016:288) wil de Hoge Raad niet breder toepassen, zo blijkt uit twee arresten. In de eerste zaak, die leidde tot HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, ging het om een verwijt aan de Arbeidsinspectie wegens onvoldoende toezicht. Volgens de Hoge Raad is er bij een vordering uit toezichtsfalen geen grond om als algemene regel op de toezichthouder een verzwaarde motiveringsplicht te leggen ter zake van het uitgevoerde toezicht. In de tweede zaak oordeelde de Hoge Raad op 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:469) over de vraag of zorgverzekeraar Menzis een bepaalde medische handeling (een behandeling van hernia) moest vergoeden aan een verzekerde. Op Menzis rust echter geen verzwaarde motiveringsplicht ten aanzien van haar verweer dat deze behandeling niet behoort tot de stand van wetenschap en techniek (zodat zij deze niet hoeft te vergoeden).

### Bewijslastverdeling

Een vriendschappelijk gebaar om via een vriend een derde financieel te steunen, is aanleiding voor de Hoge Raad om zich uit te spreken over de bewijslastverdeling bij een gestelde tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst van opdracht (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1776). Toen de gulle gever erachter kwam dat de vriend haar geld helemaal niet aan de derde had doorbetaald, stelde ze hem aansprakelijkheid en vorderde de betaalde gelden terug. De Hoge Raad haalt

artikel 7:403 lid 2 BW aan, op grond waarvan de opdrachtnemer aan de opdrachtgever verantwoording moet afleggen over de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten en over de bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever uitgegeven gelden. In lijn daarmee oordeelt hij dat, indien een opdrachtgever aan een opdrachtnemer gelden verschaft en de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever erop beroept dat hij over die gelden heeft beschikt overeenkomstig het doel waarvoor ze aan hem zijn verschaft, de opdrachtnemer de daartoe door hem gestelde feiten dient te bewijzen.

In zijn arrest van 6 april 2018, ECLI:NL:2018:536 verduidelijkt de Hoge Raad zijn eerdere uitspraken van 7 juni 2013<sup>14</sup> over de 'ondergrens' aan de arbeidsrechtelijke omkeringsregel. Die ondergrens maakt dat deze omkeringsregel niet geldt wanneer het verband tussen de gezondheidsschade en het werk te onzeker en te onbepaald is. In de onderhavige zaak procedeert de weduwe van een aan mesotheliom overleden man tegen diens werkgever, omdat hij tijdens zijn 24-jarig dienstverband een aantal maal is blootgesteld aan asbest. De werkgever betwist aansprakelijkheid, verwijzende naar het feit dat de man eerst bij een andere werkgever werkte en ook daar aan asbest is blootgesteld. Volgens de Hoge Raad brengt het feit dat de ziekte mesotheliom alleen door blootstelling aan asbest wordt veroorzaakt niet mee dat causaal verband tussen (de schade door) de ziekte en de blootstelling bij de aangesproken werkgever is gegeven. Anders gezegd: de in 2013 bepaalde ondergrens geldt ook bij een monocausale ziekte als mesotheliom.

### Bewijsmiddelen

Door HR 31 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:566) is weer 'opgefrist' wat een 'goedschrift' is en dat dit noodzakelijk is om aan een onderhandse akte, waarin eenzijdig een geldsom schuldig wordt verklaard,

dwingende bewijskracht toe te kennen. Een goedschrift (in de zin van artikel 158 lid 1 Rv) is een volledig handgeschreven akte, dan wel een handgeschreven toevoeging op een getypte of geprinte akte waarmee het schuldig erkende bedrag in letters is uitgeschreven. Zonder een goedschrift in de zin van artikel 158 lid 1 Rv op een akte, is geen sprake van dwingende bewijskracht in de zin van artikel 157 lid 2 Rv; wel van vrije bewijskracht uiteraard. Twee partijen twisten bij het Hof Den Haag over de echtheid van een onderhandse akte van lening. Als praktische oplossing kent het hof op 21 februari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:382) alleen dwingende bewijskracht toe aan hetgeen op dezelfde bladzijde als de handtekeningen van partijen staat. De poging van een man om onder de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van een hypotheekakte uit te komen, met het argument dat zijn paspoort tijdens het passeren van de notariële akte verlopen was en daarom geen sprake is van een authentieke akte, faalt bij het Hof Arnhem-Leeuwarden (22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7205). De hypotheekakte levert wel degelijk dwingende bewijskracht op van de waarneming van de notaris dat de man is verschenen en de akte heeft ondertekend.

Ook in HR 22 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3263) ging het om de vraag of een onderhandse akte dwingende bewijskracht had. Dit betrof een akte waarin twee partijen met 'steekwoorden' enkele afspraken hadden gemaakt over de verkoop van een stuk grond. Nadat de transactie was uitgewerkt in een conceptkoopovereenkomst weigerde de eigenaar deze te tekenen en wilde hij niet verkopen. Wapperend met de akte hoopte de andere partij toch verkoop te kunnen afdwingen. De Hoge Raad oordeelt dat deze akte alleen vrije en dus geen dwingende bewijskracht heeft; voor dat laatste had de akte concrete op verkoop

en koop gerichte verklaringen van partijen moeten bevatten.

### Getuigenbewijs

In een strafrechtelijke zaak bevestigt de Hoge Raad dat het oordeel of bepaalde informatie al dan niet onder de geheimhoudingsplicht (en dus het verschoningsrecht) valt, toekomt aan de verschoningsgerechtigde (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:2017:1205). Uitzondering daarop vormt alleen de situatie dat redelijkerwijze er geen twijfel over kan bestaan dat de gegevens niet onder het verschoningsrecht vallen. Tijd voor een selectie uit (lagere) rechtspraak over beroepsgeheim en verschoningsrecht. De Rechtbank Gelderland ziet op 21 november 2017 (ECLI:NL:RBGEL:2017:6853) voldoende gronden bestaan om in kort geding het beroepsgeheim van de behandelend arts van een overleden man te doorbreken en inzage in het door hem bijgehouden medisch dossier toe te staan aan de zoon van de man. De zoon kan daarmee onderzoeken of de man de laatste maanden voor zijn overlijden in staat was zijn wil te bepalen en, wanneer uit het medisch dossier blijkt dat dat niet zo was, het vlak voor het overlijden verleden testament proberen te vernietigen. U snapt: in dat testament wordt de zoon niet als erfgenaam genoemd. De doorbreking is gerechtvaardigd vanwege de emotionele en financiële belangen van de zoon, waardoor hij een concreet en zwaarwegend belang heeft bij de informatie, die overigens niet op andere wijze kan worden verkregen. In een vergelijkbare situatie oordeelt de Rechtbank Gelderland (2 maart 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1156) wederom dat de arts het medisch dossier van een overleden man aan diens zoon moet afgeven, maar staat – na kennisgeving van het gehele dossier – toe dat de arts die passages in het dossier ‘onzichtbaar’ maakt, die niet op de medische situatie van de man zien maar op diens persoonlijke levenssfeer en op die van anderen.

Het Hof Amsterdam (30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:239) oordeelt over het beroep van een CID-officier op zijn incidentele verschoningsrecht. Het hof overweegt dat de CID-officier weliswaar een geheimhoudingsplicht heeft, op grond van de Wet politieregisters (WPr) en de CID-regeling 1995, maar dat hem geen functioneel verschoningsrecht toekomt. Voor de vraag of een beroep kan worden gedaan op een incidenteel verschoningsrecht maakt het hof een belangenafweging. De uitkomst daarvan is dat de waarheidsvinding in de civiele procedure het aflegt tegen het belang van de geheimhoudingsplicht van de CID-officier. Eenzelfde uitkomst had de belangenafweging naar aanleiding van het verzoek van de curatoren van Imtech op afgifte van documenten die KPMG als accountant van Imtech aan de AFM had verstrekt. Het Hof Amsterdam (9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:54) oordeelt dat alle opgevraagde documenten vallen onder de geheimhoudingsplicht en daarmee onder het incidenteel verschoningsrecht van de AFM, respectievelijk onder het afgeleide verschoningsrecht van KPMG. Ook hier delft het belang van waarheidsvinding het onderspit en weegt het belang van effectief toezicht door de AFM zwaarder. Daarvoor is noodzakelijk dat accountants in vertrouwen en zonder terughoudendheid inlichtingen aan hun toezichthouder AFM kunnen verstrekken, zonder vrees dat die informatie in een getuigenverhoor of na een artikel 843a Rv-verzoek openbaar wordt.

### Voorlopig getuigenverhoor

In eerdere Kronieken kwam al aan de orde dat een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor slechts mag worden afgewezen wanneer 1) verzoeker daar onvoldoende belang bij heeft, 2) sprake is van misbruik van bevoegdheid of 3) strijd met de goede procesorde, dan wel 4) een ander zwaarwichtig belang zich verzet tegen toewijzing

van het verzoek. Bij de beoordeling van de eerste afwijzingsgrond mag de rechter weliswaar niet vooruitlopen op hetgeen in het verzochte getuigenverhoor verklaard zou kunnen worden, maar kan hij wel beoordelen of de vordering (in welk kader het verzoek is ingediend) enige kans van slagen heeft. Zodoende wordt het verzoek toch toegewezen in HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, omdat het verzoek strekte ter onderbouwing van een onrechtmatige daadsactie. In HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:727 werd het verzoek afgewezen; de herroepingsactie ex artikel 382 Rv had geen kans van slagen en daarom bestond onvoldoende belang bij een voorlopig getuigenverhoor. De vierde afwijzingsgrond werd voorheen als meer theoretisch beschouwd (zie de Kroniek van 2015). Een voorbeeld van deze grond is wanneer het voorlopig getuigenverhoor een andere procedure zou kunnen doorkruisen. In twee zaken heeft de Hoge Raad getoetst of daarvan sprake is: in HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2904 zou een voorlopig getuigenverhoor bij de ‘gewone rechter’, vooruitlopend op een civiele claim van een aandeelhouder van SNS Reaal tegen de staat, de speciale rechtsgang bij de Ondernemingskamer (gericht op de vaststelling van de totale schade door de onteigening van SNS Reaal) doorkruisen. Daardoor was sprake van een ‘ander zwaarwichtig belang’ dat zich verzette tegen toewijzing van het verzoek. In de zaak die leidde tot HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1433 ging het deels om vragen aan getuigen die waren bedoeld als bewijsgaring in de strafzaak. Volgens de Hoge Raad is dan sprake van doorkruising van de strafzaak; vragen ten behoeve van een aangekondigde civiele procedure zijn wel toegelaten. Met de opdracht aan de rechter-commissaris om te toetsen welke vragen civielrechtelijk relevant zijn en alleen die toe te staan, wijst de Hoge Raad het verzoek toe. Een originele casus geeft het Hof



Amsterdam op 4 september 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:3206) gelegenheid om de diverse afwijzingsgronden na te lopen; het verzoek was ingediend door een ex-crimineel die met een voorlopig getuigenverhoor bewijs wilde vergaren ter voorbereiding van het (terug)vorderen van circa 40 miljoen aan beweerdelijk contant betaalde gelden op de erven van de (in 2004 vermoorde) 'bankier van de onderwereld'. Het hof overweegt dat de rechtspraak niet bestemd is voor de afwikkeling van geschillen inzake transacties met criminele gelden of voor het faciliteren van criminele praktijken, waaronder ook het doelbewust vermijden van belastingheffing. Aldus is met het verzoek sprake van gebrek aan belang, misbruik van bevoegdheid en strijd met de openbare orde en dient het verzoek te worden afgewezen.

### Deskundigenbericht

In zijn arrest van 17 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:279) bevestigt de Hoge Raad, onder verwijzing naar HR 9 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BT2921), dat de rechter een beperkte motiveringsplicht heeft ten aanzien van zijn beslissing om zijn oordeel al dan niet te baseren op een deskundigenbericht. Tip voor de partij die het niet eens is met de bevindingen van de deskundige: formuleer zo specifiek mogelijke bezwaren ter betwisting van de juistheid van de zienswijze van de deskundige. De rechter moet namelijk – als hij het deskundigenbericht wil volgen – ingaan op specifieke bezwaren van partijen. Laat hij dat na, dan is de uitspraak onvoldoende gemotiveerd en vernietigbaar in appel of cassatie. Nadat een door het hof benoemde deskundige in een boedelscheidingsprocedure de waarde van de onderneming van de man op 1/6<sup>e</sup> van het bedrag had gewaardeerd dat de vrouw had gesteld en het hof die waardering had gevolgd, stelde de vrouw de deskundige aansprakelijk. De Rechtbank Oost-Brabant oordeelt op 1 februari 2017 (ECLI:NL:RBOBR:

2017:445) dat de deskundige op twee punten is tekortgeschoten en aansprakelijk is jegens de vrouw. In zijn noot bij deze uitspraak in *JBPr 2017/72* schetst H.J.W. Alt het toetsingskader voor de aansprakelijkheid van een deskundige. Saillant detail: de deskundige riep de man in vrijwaring op, met als grondslag ongerechtvaardigde verrijking. Die vordering werd afgewezen omdat de man krachtens rechterlijke uitspraak was bedeed en dus geen sprake was van ongerechtvaardigde verrijking. In het *Tijdschrift voor de Procespraktijk 2017/1* én in *Ars Aequi* van maart 2018 vraagt R. Giard zich af wie de betrouwbaarheid van een deskundigenbericht en de juiste inzetbaarheid van deskundige waarborgt en pleit hij voor verdere professionalisering van het deskundigenonderzoek.

### Voorlopig deskundigenbericht

De drempel voor een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht is nog lager dan de drempel voor een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. De rechter moet zo'n verzoek in beginsel toewijzen, mits dit 1) ter zake dienend is, 2) voldoende concreet is en 3) feiten betreft die met het deskundigenbericht bewezen kunnen worden. De Hoge Raad loopt deze criteria na in HR 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:482) en oordeelt, anders dan het hof, dat de patiënt wel degelijk een adequaat verzoek had gedaan, in lijn met haar vordering (in de reeds lopende procedure) tegen de plastisch chirurg die een operatie aan haar hand had verricht. Toen zijn cassatieadvocaat te laat cassatie had ingesteld van het arrest in zijn strafzaak heeft de cliënt verzocht om een voorlopig deskundigenbericht te bevelen, met benoeming van een (andere) cassatieadvocaat als deskundige om de kans van slagen van het (niet-ingestelde) cassatieberoep te beoordelen. Het Hof Den Haag wijst op 16 januari 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:5) dit

verzoek af; het gaat hier om de beoordeling van kansschade, hetgeen een juridische beoordeling betreft, die aan de civiele rechter is voorbehouden. Zodoende is het verzoek niet ter zake dienend'.

De Rechtbank Midden-Nederland legt op 28 juni 2017 (ECLI:NL:RBMNE:2017:3169) uit dat de rechter-commissaris onder wiens leiding een voorlopig deskundigenonderzoek plaatsvindt, slechts een regiefunctie heeft. Die functie ziet op de procedurele aspecten van het deskundigenonderzoek. Inhoudelijke vragen of kritiek moeten partijen aan de deskundige voorleggen.

## DAGVAARDING

### Internationale betekening

Exploten waarbij een gewoon rechtsmiddel wordt ingesteld (verzet, hoger beroep, cassatie) kunnen, behalve aan de (woonplaats van) de wederpartij, ook worden betekend aan het kantoor van de advocaat bij wie degene voor wie het exploit bestemd is laatstelijk woonplaats heeft gekozen (art. 63 Rv). Die advocaat is verantwoordelijk voor tijdige doorzending aan degene voor wie het exploit is bestemd. Dat is tevens het geval als de relatie met zijn of haar cliënt inmiddels verbroken is.<sup>15</sup> Een dergelijke kantoorbetekening is ook mogelijk als de wederpartij in een EU-lidstaat of verdragsstaat een bekende woon- of verblijfplaats heeft.<sup>16</sup> Is kantoorbetekening ook mogelijk als er geen verdrag of verordening van toepassing is? Ja. Gelet op de algemene formulering van artikel 63 lid 1 Rv en de strekking van deze bepaling, bestaat er volgens de Hoge Raad in zijn arrest 16 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:366) geen grond om de kantoorbetekening niet ook mogelijk te achten als degene voor wie het stuk is bestemd, een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf heeft in Aruba, Curaçao, Sint-Maarten, Bonaire, Sint Eustatius of Saba, of enig ander land ten aanzien waarvan geen verdrag of verordening anders bepaalt. Het één en ander geldt

(natuurlijk) ook in KEI-zaken (zie HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1278; zie ook hierna sub KEI).

Woonst of verblijft de gedaagde partij in een EU-staat dan geschiedt de betekening overeenkomstig artikel 56 lid 2-5 Rv: de deurwaarder stuurt de dagvaarding als 'verzenden-de instantie' ter betekening aan de 'ontvangende instantie' in de betreffende lidstaat. Artikel 56 lid 3 Rv geeft toepassing aan artikel 14 BetVo-II<sup>17</sup> en maakt ook rechtstreekse verzending aan de geadresseerde per aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op gelijkwaardige wijze mogelijk. Wat nu als de ontvangstbevestiging niet retour is ontvangen? Kan dan de geldigheid van de betekening aan de hand van een ander bewijs worden geleverd? Het Hof van Justitie van de Europese Unie deformaliseert op 2 maart 2017 (ECLI:EU:C:2017:157) met zijn oordeel dat een dergelijke ontvangstbevestiging ook kan worden vervangen door een ander document (in dit geval: afschrift uit computergegevens van de Ierse postdienst). Wel moet dat document gelijkwaardige waarborgen bieden op het gebied van informatieverstrekking en bewijs. De rechter moet zich er dan ook van vergewissen dat de geadresseerde het betrokken stuk in ontvangst heeft genomen onder zodanige voorwaarden dat zijn rechten van verdediging zijn geëerbiedigd.

## EXECUTIE

### Dwangsom

De eisende partij zal veelal een voorzet geven voor de hoogte van de op te leggen dwangsom. Nodig is dat niet. De bepaling daarvan kan ook worden overgelaten aan het oordeel van de rechter die daarin vrij is. De rechter is evenmin verplicht om aan de dwangsom een maximum te verbinden, zo leert HR 24 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:310).

De rechter die een veroordeling op verbeurte van een dwangsom heeft uitgesproken, wordt de 'dwangsomrechter' genoemd. Alleen deze is

bevoegd te oordelen of op grond van artikel 611d Rv de opgelegde dwangsom moet worden opgeheven, de looptijd ervan moet worden opgeschort of de dwangsom moet worden verminderd. Daartegenover staat de zogenoemde 'executierechter' die bevoegd is bij tenuitvoerleggingsvraagstukken. Deze moet onder meer beoordelen of de voorwaarden waaronder de dwangsom is verschuldigd zijn vervuld, of de hoofdveroordeling al dan niet is nagekomen en of er mogelijk sprake is van misbruik van executiebevoegdheid.<sup>18</sup> In de zaak die leidde tot HR 22 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2455) stelde de veroordeelde niet te kunnen voldoen aan de – met een dwangsom versterkte – veroordeling tot afgifte van roerende zaken omdat op die zaken derdenbeslag was gelegd. Is dit nu een geschil dat bij de 'dwangsomrechter' of de 'executierechter' thuishoort? Anders dan de A-G en het hof kiest de Hoge Raad hier voor de 'executierechter'. De redenering is als volgt. Als onder een schuldenaar ten laste van zijn schuldeiser derdenbeslag wordt gelegd, is de schuldenaar verplicht het verschuldigde of de zaken onder zich te houden.<sup>19</sup> Dit is een geval waarin nakoming door de schuldenaar verhinderd wordt door een beletsel opkomend van de zijde van (en toerekenbaar aan) de schuldeiser, wat ingevolge artikel 6:58 BW schuldeisersverzuim oplevert. Artikel 6:62 BW bepaalt dat gedurende het verzuim van de schuldeiser deze niet bevoegd is maatregelen tot executie te nemen. In dat geval is de veroordeling waaraan een dwangsom is verbonden, niet vatbaar voor tenuitvoerlegging door de schuldeiser. Het oordeel dat zodanige situatie zich voordoet, is aan de executierechter. Een ingewikkeld onderscheid. Volgens A.W. Jongbloed is dit onderscheid bovendien achterhaald. In zijn bijdrage in het hiervoor genoemde *Compendium Beslag- en executierecht* (p. 437 t/m 443) betoogt hij dat het onderscheid ook achterhaald is nu de 'dwangsomrechter' niet de

persoon van de rechter betreft, maar het rechterlijk college. Jongbloed merkt daarbij op dat er vroeger op de rechtbanken veel minder rechters werkten en dat door de anciënniteit en taakverdeling in veel gevallen bij een verzoek tot opheffen, opschorten of matigen van de dwangsom de zaak weer terecht zal zijn gekomen bij de rechter die de dwangsom zelf had opgelegd. Verder vindt hij van belang dat de 'executierechter' ook de tenuitvoerlegging van een uitspraak waaraan een dwangsom is verbonden kan schorsen omdat er bijvoorbeeld sprake is van misbruik van recht.

### Exequatur

Als het gaat om de erkenning en de tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis zal veelal het Verdrag van New York van toepassing zijn. Dit brengt mee dat er tegen een in Nederland verleend verlov alhier geen rechtsmiddel kan worden aangewend. Blijkens HR 31 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:555) geldt dit ook als de Nederlandse rechter een arbitraal vonnis alléén heeft erkend (het tenuitvoerleggingsverzoek was hier bij gebrek aan belang afgewezen). De Hoge Raad hecht eraan dat het arbitraal vonnis ook had kunnen worden aangevochten ten overstaan van de overheidsrechter in het land waar de arbitrale beslissing is gegeven. Voor wat dat laatste betreft: in zijn arrest van 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2992) verduidelijkt de Hoge Raad dat de vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis door een bevoegde autoriteit van het land van herkomst niet belet dat de rechter in een bijzonder geval het arbitraal vonnis toch erkent of van verlov tot tenuitvoerlegging voorziet. Artikel 40 van het Statuut voor het Koninkrijk bepaalt dat vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint-Maarten gewezen, en bevelen door hem uitgevaardigd, in het gehele Koninkrijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. HR 8 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3104) leert dat deze bepaling



niet ziet op het verlot tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke of arbitrale beslissing, door een rechter in een land van het Koninkrijk verleend op de voet van een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag. Dit geldt ongeacht of een zodanig verdrag ook voor andere landen van het Koninkrijk in werking is getreden. Dit verlot strekt zich slechts uit tot het desbetreffende land binnen het Koninkrijk, tenzij de wet van een ander land van het Koninkrijk anders bepaalt.

### EXHIBITIEPLICHT

In zijn arrest van 26 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1985) beslecht de Hoge Raad een discussie: inzage, afschrift of uittreksel op de voet van artikel 843a Rv kan ook worden verzocht bij verzoekschrift (zelfstandig of in combinatie met een ander verzoek). Het begrip 'vorderen' in artikel 843a lid 1 Rv duidt er volgens de Hoge Raad weliswaar op dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat inzage, afschrift of uittreksel in de zin van deze bepaling bij dagvaarding moet worden gevorderd. Toch moeten de rechtsontwikkeling en opvattingen in de literatuur er volgens hem toe leiden dat exhibitie ook bij verzoekschrift kan worden verzocht. Duidelijk is dat de Hoge Raad hier met een (brede) schuine blik heeft gekeken naar de aanbevelingen van de Expertgroep modernisering bewijsrecht (zie ook hiervoor sub Bewijs). Blijkens het derde lid van artikel 843a Rv kan een exhibitievordering worden afgewezen als de gevorderde exhibitie onder de geheimhoudingsplicht van de aangesprokene valt. Ook kunnen gewichtige redenen zich verzetten tegen toewijzing van een dergelijke vordering (art. 843a lid 4 Rv). In de zaak die leidde tot HR 16 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:365) was na een bevalling met een keizersnede bij de baby een hoge dwarslaesie vastgesteld. De moeder vorderde niet alleen schadevergoeding van het ziekenhuis en

*Kijk - op mijn initiatief begint mevrouw aan liefdadigheid. Prachtig. Nou, ik kon ook liefdadigheid gebruiken - wat heét. Toen dacht ik: wie is nou haar vriend - ik of die derde? Wie zal ze het in haar goedheid dus het meeste gunnen? Haar vriend! Mooi niet, dus.*

*Wat een egoïstisch rotwijf!*



de gynaecoloog, maar - in appel - ook inzage in een notitie met bevindingen van de door hen geraadpleegde radioloog en bijbehorende correspondentie. Het hof wees die inzagevordering af met de overweging dat het recht van een procespartij om haar verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Die overweging is in cassatie niet bestreden. Wel wordt tevergeefs de overweging van het hof bestreden dat een verplichting om inzage te geven in correspondentie gewisseld tussen de advocaat en een door hem geraadpleegde deskundige met dit recht op

een eerlijk proces in strijd zou komen. Is voor het slagen een exhibitievordering vereist dat mogelijkheden om op andere wijze bewijs te vergaren zijn uitgeput of afwezig zijn? Artikel 843a lid 4 Rv zou in die richting kunnen wijzen nu daarin is bepaald dat inzage kan worden geweigerd indien een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder de gevraagde gegevens is gewaarborgd. De Hoge Raad (29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518) leest hierin geen subsidiariteitsvereiste. Volgens hem kan er wel gewicht toekomen aan de omstandigheid dat een andere wijze van vergaring van bewijs bezwaarlijker of minder effectief kan zijn dan de gevraagde exhibitie. In artikel 843a lid 4 Rv ligt echter niet in haar algemeenheid de eis besloten dat een dergelijke vordering slechts toewijsbaar is als andere mogelijkheden om bewijs te vergaren zijn uitgeput of afwezig zijn. HR 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1775) leert dat voor een exhibitievordering bij een vermeende inbreuk op bedrijfsgeheimen zodanige feiten en omstandigheden moeten worden gesteld dat voldoen-

de aannemelijk is dat bedrijfsgeheimen onrechtmatig zijn verkregen en gebruikt. Het komt daarbij volgens de Hoge Raad steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is uitgangspunt dat niet hoeft te zijn voldaan aan de vereiste (hoge) mate van aannemelijkheid voor het toewijzen van een (verbods)voordringing in kort geding vanwege het (dreigend) onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen.

## HOGER BEROEP

### Appeltermijn

Vaak wordt tot het allerlaatst gewacht met het instellen van een rechtsmiddel. Als u bij een termijn die in maanden is uitgedrukt zeker wilt weten wat de laatste mogelijke dag daarvoor is, raden wij u aan HR 1 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2225) erop na te slaan. Hij rekent voor: indien uitspraak is gedaan (in een gewoon jaar) op 28 februari (of in een schrikkeljaar op 29 februari), 30 april of 30 september, verstrijkt de termijn aan het einde van 28 of 29 mei, 30 juli, respectievelijk 30 december, één en ander afgezien van de werking van de Algemene termijnenwet. Omdat de maanden van het jaar natuurlijk niet even lang zijn, oppert G.C.C. Lewin in *JBP* 2017/64 dat het – vanuit een oogpunt van gelijkheid – beter zou zijn als de wetgever de rechtsmiddelementertermijn in weken zou uitdrukken, zoals de Caribische wetgever heeft gedaan. Alle weken hebben immers evenveel dagen.

### Appellabiliteit

De rechter die een tussenvonnis wijst kan daarbij beslissen dat – voordat het eindvonnis is gewezen – hoger beroep tegen het tussenvonnis kan worden ingesteld (art. 337 lid 2 Rv). Deze toestemming kan ook na het tussenvonnis nog worden gevraagd en gegeven.<sup>20</sup> In zijn arrest van 24 november 2017 (ECLI:NL:

HR:2017:3018) tikt de Hoge Raad het hof op de vingers en onderstreept dat (toch echt) alleen de rechter die het tussenvonnis wijst hierover beslist.

De appelrechter mag dit niet. Ook niet als dit zou leiden tot een efficiënte rechtsgang omdat reeds een appel tegen een eerder tussenvonnis bij het hof liep en vervolgens appel van een later tussenvonnis in dezelfde zaak werd ingesteld.

Een pandhouder of pandgever kan de voorzieningenrechter verzoeken te bepalen dat het pand onderhands zal worden verkocht (art. 3:251 lid 1 BW). Tegen een dergelijke beslissing staat geen hogere voorziening open.<sup>21</sup> Blijkens HR 10 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:213) geldt dat ook als aan de voorzieningenrechter wordt gevraagd dat het pand aan de pandhouder zal verblijven.

### Berusting

Gewone rechtsmiddelen kunnen door berusting verloren gaan.<sup>22</sup> Daarvoor is wel vereist dat de betreffende partij heel duidelijk heeft aangegeven zich bij de betreffende uitspraak neer te leggen en aldus afstand te doen van het recht tegen die uitspraak een rechtsmiddel in te stellen. Een tot

een derde gerichte mededeling levert geen berusting op. HR 10 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:412) formuleert dit nu als algemene regel.

### Deelgeschilprocedure en hoger beroep

Tegen een door de rechter genomen beslissing in het kader van een deelgeschilprocedure staat – blijkens artikel 1019bb Rv – geen hogere voorziening open. Artikel 1019cc lid 3 Rv opent wel de mogelijkheid om in de bodemprocedure die op het deelgeschil volgt hoger beroep in te stellen tegen beslissingen in de deelgeschilprocedure over geschilpunten betreffende de materiële rechtspositie van partijen. In zijn arrest van 15 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3142) legt de Hoge Raad uit dat een op grond van die bepaling ingesteld hoger beroep heeft te gelden als een tussentijds hoger beroep in de procedure

eerst incidenteel, Bart,  
later komt principaal





ten principale. Daarom heeft het hof ook bij vernietiging van een deelgeschilbeschikking de bevoegdheid de zaak aan zich te houden (art. 356 Rv).

### Procedure na verwijzing

Na verwijzing door de Hoge Raad dient het hof naar wie het geding wordt verwezen de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad (art. 424 Rv). De vernietiging door de Hoge Raad van een uitspraak treft niet alleen de in die uitspraak voorkomende beslissingen die in cassatie met succes zijn bestreden, maar brengt ook mee dat alle beslissingen die daarop voortbouwen of daarmee onverbreekelijk samenhangen, hun kracht verliezen omdat daaraan de grondslag is ontvallen.<sup>23</sup> HR 18 mei 2018 (ECLI:NL:HR:2018:728) leert dat dit ook geldt voor de beslissing over de proceskosten.

De in de rechtspraak aanvaarde uitzonderingen<sup>24</sup> op de regel dat de oorspronkelijke eiser zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord mag veranderen of vermeerderen, gelden in beginsel ook in een verwijzingsprocedure na cassatie. Zie HR 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2360; zie over het kostenaspect van deze zaak ook hierna sub Proceskosten).

### Procesreglementen

HR 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2568) leert nog eens dat een advocaat – op grond van zijn deskundigheid – zonder meer geacht wordt op de hoogte te zijn van de krachtens een procesreglement geldende termijnen en de verstreckende gevolgen van een eventuele overschrijding daarvan. Desondanks is de Hoge Raad advocaten redelijk welgezind bij overgangsproblematiek door gewijzigde procesreglementen. In HR 16 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:364) biedt

de Hoge Raad de helpende hand aan een advocaat die in het door hem ingediende rolformulier per abuis heeft gevraagd om een niet meer geldende uitsteltermijn. En HR 13 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:596) dicteert dat bij de uitleg van overgangsbepalingen in een procesreglement gekeken moet worden naar de mogelijk ingrijpende aard van een wijziging. Het hof had hier niet onder het gewijzigde regime direct ‘akte niet dienen’ mogen verlenen.

### Rolbeschikking

Algemeen wordt aangenomen dat een rolbeschikking een maatregel ter rolle behelst, die enkel wordt genomen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van een geregeld verloop van de procesgang, zoals beslissingen omtrent het verlenen van uitstel voor het nemen van een conclusie of de dagbepaling voor pleidooi, comparitie of vonnis.<sup>25</sup> Dergelijke beslissingen worden vanwege hun geringe belang en oordeelsgehalte niet als vonnis beschouwd; zij behoeven in beginsel dan ook niet te worden gemotiveerd en zijn ook niet vatbaar voor hoger beroep of cassatie. Dat is anders bij een rolbeschikking die ingrijpt in de rechten en belangen van partijen, zoals bijvoorbeeld het weigeren van pleidooi.<sup>26</sup> Het is vaak lastig rolbeslissingen op het punt van de appellabiliteit te beoordelen. Het komt daarbij aan op de aard en strekking van de beslissing. Niet gekeken moet worden naar de vorm waarin de beslissing is gegoten of de benaming die daaraan is gegeven. HR 27 januari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:95) illustreert dat daarbij ook de gang van zaken van doorslaggevend belang kan zijn. In die zaak had het hof in een tussenarrest partijen gevraagd zich uit te laten over de te benoemen deskundige(n) en de aan deze te stellen vragen. De rolraadsheer weigerde een akte omdat daarin het debat werd heropend op punten waarover het hof reeds had beslist. De Hoge Raad verwerpt het hierop gerichte

middel met toepassing van artikel 81 RO. Hierbij is van belang dat de betreffende partij in de gelegenheid was gesteld om alsnog een akte te nemen die wel aan de instructies van het hof voldeed. Bovendien had nog een comparitie plaatsgevonden waarbij het in de geweigerde akte ingenomen standpunt alsnog – uitgebreid – was toegelicht.

### Termijnen

Een wettelijk rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken op één van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden, te weten dat de rechter buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende regeling is getreden, deze regeling ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken. De wet bevat geen termijn voor het instellen van een rechtsmiddel met een beroep op doorbreking van een rechtsmiddelenverbod. In beginsel geldt dan de termijn die voor het instellen van het desbetreffende rechtsmiddel zou gelden als het rechtsmiddelenverbod zou ontbreken. In zijn arrest van 8 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3110) stelt de Hoge Raad dit beginsel voorop en zoekt hij aansluiting bij de kortere termijnen in het faillissementsrecht omdat het hier een niet-appellabele beslissing van de rechter-commissaris in een faillissement betrof.

### Tweeconclusieregel

De tweeconclusieregel brengt mee dat de appelrechter in beginsel niet op een na memorie aangevoerde grief mag letten. Een door de Hoge Raad aanvaarde uitzondering hierop is dat met de grief aanpassing wordt beoogd aan eerst na het nemen van de memorie voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden.<sup>27</sup> In de zaak die leidde tot HR 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2567) hadden



appellanten na het nemen van memorie van grieven pas inzage in bankafschriften gekregen en namen zij tijdens pleidooi het standpunt dat uit die afschriften blijkt dat een bepaalde berekening onjuist is. Het hof passeerde dit standpunt als tardief en in strijd met de tweeconclusieregel. De Hoge Raad casseert en maakt duidelijk dat er geen algemene regel geldt dat een procespartij gehouden is om voorafgaand aan een pleidooi te verzoeken een akte in het principaal beroep te mogen nemen voor een reactie op pas na de door haar genomen memorie van grieven in het principaal beroep gebleken feiten. Annotator G.C.C. Lewin merkt in *JBP* 2018/5 op dat dit arrest onderstreept dat bij de toepassing van de tweeconclusieregel het principaal appel en het incidenteel appel strikt gescheiden benaderd moeten worden. Dit brengt de zelfstandige positie van het incidenteel appel mee. Men mag een memorie van antwoord in het incidenteel appel dus niet zien als een 'memorie van repliek in het principaal appel'.

Een andere uitzondering op de hiervoor genoemde regel is dat de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de nieuwe grief alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken of dat de eisverandering plaatsvindt. Daarvan kan al sprake zijn als de wederpartij op die grief heeft gereageerd zonder bezwaar te maken tegen het tijdstip waarop de grief werd aangevoerd.<sup>28</sup> HR 22 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3238) illustreert dat dit veelal een kwestie van uitleg is. Hij komt dan ook tot een andere uitleg dan de A-G en oordeelt dat het in dit geval bij pleidooi ingaan op een nieuw verweer in de context van het betoog niet als ondubbelzinnige toestemming moet worden gezien. Bovendien stond hier de goede procesorde eraan in de weg om dat nieuwe standpunt te onderzoeken.

In HR 6 juli 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1097) speelde tevens een uitlegkwestie met betrekking tot de

hiervoor genoemde toestemmings- uitzondering. Geïntimeerde deed een beroep op verjaring van de door de appellante ingestelde vorderingen in haar memorie van antwoord in het principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel. Bij pleidooi was de appellante op dit verjaringsverweer ingegaan. Volgens het hof te laat en dus in strijd met de tweeconclusieregel nu er ook geen sprake was ondubbelzinnige toestemming. Volgens het hof had de appellante in haar memorie van antwoord in het incidenteel appel op het verjaringsverweer moeten reageren. De Hoge Raad gaat erin mee dat hier geen sprake was van toestemming, maar tikt – in een overweging ten overvloede – het hof op de vingers voor wat betreft de aanname dat de reactie op het verweer had moeten worden opgenomen in de antwoordmemorie in het incidenteel appel. De Hoge Raad doceert: het beroep op verjaring was een verweer in het principale beroep omdat dit verweer strekte tot afwijzing van de vordering in het principale beroep. Daaraan doet niet af dat het beroep op verjaring ook was opgenomen in de toelichting op een incidentele grief. De Hoge Raad houdt ook hier strak de hand aan het onderscheid tussen principaal en incidenteel beroep. De memorie van antwoord in het incidentele beroep is dan ook niet het moment om te reageren op, in het principale beroep gevoerde, nieuwe verweren.

In artikel 138 lid 3 Europees Octrooi-verdrag (EOV) is de bevoegdheid van de octrooihouder neergelegd om het octrooi te beperken door wijziging van de conclusies. Hoe verhoudt zich dit tot de Nederlandse processuele regel dat een partij – kort gezegd – in beginsel alleen in haar eerste memorie nieuwe feiten of stellingen naar voren mag brengen? Die geldt gewoon, oordeelt de Hoge Raad in zijn arrest van 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2363). Hij stelt zijn bevoegdheid om verdragen uit leggen voorop en komt vervolgens tot de slotsom dat met deze verdrags-

bepaling niet is beoogd dat deze niet zou mogen worden beperkt door nationale processuele voorwaarden.

### Varia

Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar – binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel – tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak. Daarbij heeft de appelrechter te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing. Dit houdt dan ook in dat feiten en ontwikkelingen die zich pas na de uitspraak in eerste aanleg hebben voorgedaan, in hoger beroep van belang kunnen zijn en dus aan de orde kunnen komen. HR 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1777) leert dat daarbij van belang is of de vordering ziet op het verleden (zoals bijvoorbeeld een schadevergoedingsvordering ter zake van wanprestatie of onrechtmatige daad) of juist op de toekomst (zoals bijvoorbeeld een vordering strekkende tot het opleggen van een verbod of bevel). In dat laatste geval dient de rechter – natuurlijk binnen de grenzen van de rechtsstrijd – te beslissen naar de normen ten tijde van zijn beslissing en met inachtneming van de feiten en omstandigheden van dat moment. De Hoge Raad haakt hierbij duidelijk aan bij de conclusie van A-G Hartlief die dit bij een vordering die ziet op het verleden juist niet van belang acht. Wat volgens hem in dergelijke gevallen wel van belang kan zijn, is dat inmiddels sprake is van nieuwe kennis of inzichten over de normen van destijds of over de toenmalige feiten en omstandigheden. Als bij het instellen van een rechtsmiddel in twee gevoegde zaken één zaaknummer ontbreekt, is dat geen probleem wanneer er bij de wederpartij redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat het ontbreken van het zaaknummer op een vergissing berustte. Aldus deformeert de Hoge Raad in



zijn arrest van HR 16 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:221).

## INCIDENTEN

Wie, wellicht na een vergeefs uitstelverzoek, op de laatste dag voor het indienen van een conclusie van antwoord in plaats daarvan een incidentele conclusie indient riskeert een akte niet-dienen ten aanzien van de conclusie van antwoord. Bijvoorbeeld omdat het geen incident is dat 'voor alle weren' moet worden gedaan (vgl. 128 lid 3 en 209 Rv) of het incident als verkapte uitstelmethode en daarom als misbruik van procesrecht of als strijdig met de goede procesorde wordt gezien.<sup>29</sup> In de volgende drie zaken kwam de gedaagde met de schrik vrij. In de eerste zaak had de Rechtbank Overijssel (20 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3769) al vonnis gewezen in een de eiser opgeworpen incident tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Het te elfder ure door de gedaagde opgeworpen bevoegdheidsincident (op grond van de mediationclausule in het contract tussen partijen) wordt afgewezen wegens de ontijdigheid ervan op grond van artikel 128 lid 3 Rv. Wel geeft de rechtbank de gedaagde een termijn (van een week!) voor het alsnog indienen van de conclusie van antwoord. Ten tweede boog de kantonrechter in de Rechtbank Limburg (13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12108), zich over een, na diverse uitstellen voor antwoord op de laatste dag daarvoor ingediende bundel van incidentele verzoeken, waaronder één tot onbevoegdverklaring van de kantonrechter en niet-ontvankelijkverklaring van eisers. Hoewel de kantonrechter overweegt de indruk te hebben dat gedaagde tracht hiermee tijdwinst te boeken en daarom bepaalt dat gedaagde niet meer wordt toegelaten tot het nemen van de conclusie van antwoord, komt de kantonrechter aan de hand van de argumenten in opgeworpen 'incidenten' vervolgens toch tot afwijzing van de vorderingen van eisers. In de derde zaak had de Rechtbank Noord-Holland akte

niet-dienen verleend aan de gedaagde die, na een afgewezen uitstelverzoek voor antwoord, een vrijwaringsincident had opgeworpen. Het Hof Amsterdam vernietigt op 6 februari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:408) deze rolbeslissing. Het hof overweegt dat een vrijwaringsincident ex artikel 210 Rv 'voor alle weren' moet worden opgeworpen wat betekent dat de gedaagde dit kan doen in plaats van concluderen voor antwoord in de hoofdzaak. Dit is slechts anders wanneer sprake is van misbruik van procesrecht, bijvoorbeeld omdat de incidentele vordering bij voorbaat kansloos is. Volgens het hof is dat *in casu* niet evident en had de rechtbank, in het kader van de beantwoording van de vraag of akte niet-dienen moest worden verleend, niet mogen vooruitlopen op de toewijsbaarheid van de incidentele vordering. Annotator S.M.A.M. Venhuizen uit in zijn noot bij dit arrest in *JBPr 2018/35* stevige kritiek op het hof. Volgens hem is het voor geen enkel incident – ook niet wanneer deze 'voor alle weren' moet worden ingesteld – nodig om deze in plaats van een conclusie van antwoord in te stellen. Vertrouwt u dus niet op het incident als uitsteltruc!

## Voeging en tussenkomst

In het hiervoor bij 'stelplicht' besproken arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:469) over de vraag of zorgverzekeraar Menzis een bepaalde medische handeling moest vergoeden aan een verzekerde was ook Zorginstituut Nederland partij. Eerder liet de Hoge Raad, op 24 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:306), het Zorginstituut toe als gevoegde partij, omdat het, gezien zijn wettelijke taak tot beheer van het Zorgverzekeringsfonds en zijn wettelijke taak ten aanzien van de eenduidige uitleg van aard, inhoud en omvang van het verzekerd pakket, belang heeft bij de uitkomst van de procedure tussen Menzis en diens verzekerde. In hetzelfde arrest wijst de Hoge Raad vordering tot voeging van de staat af, omdat hij niet

duidelijk heeft gemaakt dat en waarom de uitkomst van de zaak tussen Menzis en haar verzekerde feitelijke of juridische gevolgen voor hem heeft ter zake van de door hemzelf aangevoerde verantwoordelijkheid voor het verzekerde pakket en diens bijdrage aan de financiering van dat pakket. In zijn arrest van 28 maart 2017 zet het Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2017:3171) een streep door een rechtbankvonnis waarin de vorderingen van eisers waren afgewezen. Hoewel tegen de gedaagde verstek was verleend, had een derde toestemming gevraagd en gekregen om zich te voegen en had deze derde vervolgens – dus: succesvol – verweer gevoerd tegen de vorderingen. Volgens het hof is voeging aan de zijde van een niet in de procedure verschenen gedaagde echter niet mogelijk. Door voeging van een derde zou een verstekprocedure materieel een procedure op tegenspraak worden, terwijl de gedaagde niet betrokken is bij die tegenspraak.

## Vrijwaring

Als de hoofdzaak nog loopt en daarin het schadedebat is verwezen naar de schadestaatprocedure mag de rechter in de vrijwaringszaak de vordering tot vrijwaring niet alvast toewijzen, zo leert HR 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2388). Dat ontnemt de gedaagde in vrijwaring namelijk de mogelijkheid om verweer te voeren tegen de omvang van de gevorderde schade en is dus in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor én met de eisen van de goede procesorde.

## Uitvoerbaar bij voorraad verklaring

De drempel om in een incident (of kort geding) de schorsing van de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak te vorderen, ligt hoog.<sup>30</sup> Een alternatief biedt artikel 235 Rv: de geëxecuteerde kan na aanwending van een rechtsmiddel incidenteel vorderen om aan de uitvoerbaar bij voorraadverklaring

de voorwaarde van zekerheidstelling te verbinden. Lees: de andere partij moet dan zekerheid tot terugbetaling stellen, bij gebreke waarvan zij het vonnis niet kan executeren. De zekerheid beperkt het restituerisico van de geëxecuteerde, voor het geval de uitspraak in een hogere instantie wordt vernietigd. In HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1115 worden de maatstaven van een dergelijke incidentele vordering geschetst. De Hoge Raad haakt daarbij aan bij de vaste maatstaven voor de beoordeling van een verzoek om de (voor de verzoeker: gunstige) uitspraak in vorige instantie alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren,<sup>31</sup> aangevuld met de gevolgen van het verstrekken van zekerheid voor de partij die de veroordeling (in een voor hem gunstige uitspraak) verkreeg. Ook hier volgt een afweging van wederzijdse belangen. Net als in 2003<sup>32</sup> overweegt de Hoge Raad hier dat de feitelijke onmogelijkheid voor de partij die de veroordeling verkreeg om zekerheid te stellen zich tegen deze partij keert: die onmogelijkheid duidt immers juist op restituerisico voor de andere partij die aan de veroordeling moet voldoen en onderbouwt diens belang bij zekerheidstelling. Een toegewezen vordering tot zekerheidstelling fungeert daarmee in feite als schorsing van de executie. Voor gedaagden die – bij wijze van subsidiair verweer – zich verzetten tegen de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van eisers vorderingen geeft de Rechtbank Rotterdam op 7 juni 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:4720, r.o. 2.15 e.v.) duidelijk het toetsingskader en de verdeling van stelplicht en bewijslast weer.

### Zekerheidstelling

In *BER 2018/3* schreef J. Langbroek het lezenswaardige artikel 'De cautio iudicati solvi: een overzicht', met daarin een uitleg van de kernbegrippen van artikel 224 Rv en een bespreking van veel jurisprudentie met betrekking tot het incident tot zekerheidstelling.

Dat de op de Kaaimaneilanden gevestigde appellante zekerheid moet stellen voor een mogelijke proceskostenveroordeling in de door haar gestarte appelprocedure staat niet ter discussie; het Hof Amsterdam buigt zich slechts over de vraag voor welk bedrag dat het geval moet zijn. Na discussies over de hoeveelheid te verwachten proceshandelingen komt het hof (op 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4236) op wel zes 'salarispunten' en beveelt de appellante tot zekerheidstelling van een op basis daarvan berekend bedrag aan proceskosten, waarin zij in hoger beroep veroordeeld *zou kunnen* worden.

De in Canada wonende eiser hoeft van de Rechtbank Midden-Nederland (1 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5271) geen zekerheid te stellen voor de proceskosten, omdat hij kan aantonen dat hij leeft van een uitkering van de Canadese overheid. Het geld voor zijn eigen advocaat heeft hij geleend van een familielid en de rechtbank acht niet aannemelijk dat hij extra geld kan lenen voor de door gedaagden in het incident gevraagde zekerheid. Zodoende is sprake van een uitzondering, namelijk dat door het stellen van zekerheid degene van wie zekerheid wordt gevorderd de effectieve toegang tot de rechter zou worden belemmerd (zie art. 224 lid 2 sub d Rv).

### KWALITEIT EN INNOVATIE RECHTSPRAAK (KEI)

#### Gefaseerde inwerkingtreding

Met de invoering van de KEI-wetgeving tot digitalisering en vereenvoudiging van de civiele procedure is in 2017 een begin gemaakt. De Hoge Raad is als eerste van start gegaan. Sinds 1 maart 2017 geldt de KEI-wetgeving in civiele vorderingszaken die vanaf die datum in cassatie aanhangig worden gemaakt.<sup>33</sup> Daarnaast is op 1 september 2017 een verplichte pilot gestart bij de Rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland voor (nieuwe) handelsvorderingszaken waarbij

procesvertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven.<sup>34</sup> Als het digitale systeem goed zou werken en zich ook geen andere problemen voordeden, was de aanvankelijke planning dat minimaal vijf maanden later in dergelijke zaken alle andere rechtbanken zouden volgen. Daarna zouden weer vijf maanden later vorderingszaken in hoger beroep volgen, hetgeen (ook) vooraf zou worden gegaan door een verplichte pilot bij één of twee hoven. Vervolgens was het de bedoeling dat de KEI-wetgeving achtereenvolgens zou gaan gelden voor vorderingszaken bij de kantonrechter, voor verzoekzaken bij alle gerechten en voor het kort geding. Dit steeds na een verplichte pilot bij enkele gerechten. In december 2017 is verdere landelijke invoering echter uitgesteld nadat de Raad voor de rechtspraak had laten weten dat het realiseren van digitaal procederen complexer bleek dan was voorzien en daardoor meer tijd en geld kost.<sup>35</sup> De Raad voor de rechtspraak werkt inmiddels aan een nieuw (eenvoudiger) digitaal systeem en heeft daarvoor een (basis)plan opgesteld.<sup>36</sup> Het plan voorziet in een aanpak in 'beheerbare' stappen, per zaakstroom. De bedoeling is nu dat steeds per zaakstroom op basis van vrijwilligheid wordt gestart met digitale indiening van stukken. Bij gebleken resultaat kan dan het digitaal procederen overeenkomstig de KEI-wetgeving verplicht worden gesteld. De minister heeft in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 15 november 2018 positief op dit plan gereageerd.<sup>37</sup> Daarin merkt hij onder meer op dat de KEI-wetgeving door het parlement is aangenomen en dat het de bedoeling blijft de daarin opgenomen vereenvoudigingen van het civiele procesrecht (al dan niet gefaseerd) zo spoedig mogelijk in te voeren. De minister onderzoekt op welke manier de KEI-wetgeving zonder de verplichte digitalisering in werking kan treden. In zijn onderzoek betreft hij ook de wens van de Raad voor de rechtspraak om de pilots bij de Rechtbanken Gelderland



en Midden-Nederland stop te zetten. De minister verwacht over het één en ander begin 2019 meer duidelijkheid te kunnen bieden.

Ondanks al het KEI-geweld streeft de minister er toch naar dat we blijven nadenken en ook experimenteren met processuele alternatieven. Het conceptwetsvoorstel Experimentenwet rechtspleging beoogt dit te faciliteren door een wettelijke grondslag te bieden voor verplichte experimenten met innovatieve gerechtelijke procedures. Bij Algemene Maatregel van Bestuur zal bij wijze van experiment tijdelijk kunnen worden afgeweken van de wetgeving over procederen bij de burgerlijke rechter. Zie *TCR 2018/3* voor een kritische bespreking van dit voorstel door P. Ingelse. In *NJB 2018/1999* ziet B. van Zelst ook mogelijkheden voor dit conceptwetsvoorstel als wettelijke basis voor een door hem gewenst onderzoek naar effect, wenselijkheid en interactie van de diverse geschiloplossingsmethoden. Dat onderzoek moet volgens hem uitgaan van de relevante feiten en cijfers, en het stelsel voor geschiloplossing in zijn geheel beschouwen in plaats van te zijn gericht op individuele onderdelen daarvan. In het kader van experimenten kan het Rotterdamse initiatief van de zogenoemde 'regelrechter' natuurlijk niet onvermeld blijven.<sup>38</sup>

### Bepalingen uit de KEI-wetgeving die landelijk in werking zijn getreden

Met de aandacht begin 2017 voor wanneer de aftrap zou zijn bij de pilotrechtbanken en de – met het oog daarop – benodigde technische en praktische voorbereidingen, lijkt een beetje ondergesneeuwd te zijn geraakt dat per 1 september 2017 tevens een aantal bepalingen uit de KEI-wetgeving landelijk en onvoorwaardelijk in werking zijn getreden. Dit gebrek aan aandacht komt mogelijk mede doordat in de nota van toelichting bij het besluit van 24 april 2017 over de inwerkingtreding staat vermeld dat de landelijk geldende

wijzigingen geen verband houden met de digitalisering of de invoering van de uniforme basisprocedure, maar als (algemene) verbeteringen worden gezien.<sup>39</sup> Ook wordt hierin benadrukt dat het gaat om artikelen (of onderdelen daarvan) die niet gefaseerd in werking hoeven te treden, omdat zij – in de woorden van de wetgever – 'slechts een terminologische wijziging behelzen en de formulering van het artikel techniekneutraal is'.<sup>40</sup> Velen zijn door het één en ander mogelijk op het verkeerde been gezet en dachten dat het hierbij alleen ging om wijzigingen zoals het vervangen van woord 'terechtzitting' door 'zitting'<sup>41</sup> of door het woord 'exploit' te vervangen door 'exploot'.<sup>42</sup> De hierna te bespreken landelijk geldende wijzigingen gaan echter (veel) verder. Mede omdat de de per 1 september 2017 landelijk in werking getreden bepalingen uit de KEI-wetgeving als algemene verbeteringen worden gezien, ligt het in de lijn der

verwachting dat deze bepalingen ook geldend recht zullen blijven als de KEI-wetgeving die op de digitalisering betrekking heeft zou worden ingetrokken. Hierbij geldt ook het KEI-uitgangspunt<sup>43</sup> dat deze bepalingen alleen gelden in nieuwe zaken. Als een zaak voor 1 september 2017 aanhangig is gemaakt, spelen de sindsdien geldende bepalingen uit Rv dus niet. Zie ook Hof Den Haag 4 april 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:718) die het overgangsrecht zo uitlegt ten aanzien van het per 1 september 2017 landelijk in werking getreden artikel 30p Rv (zie over dat artikel hieronder sub 'Mogelijkheid van mondelinge eindspraak ter zitting').

### Faciliteren 'willige rechtsmacht' artikel 96 Rv

Artikel 96 Rv is aangepast. Deze bepaling biedt partijen de mogelijkheid om hun geschil

Een gedachte-experiment!  
Ziet de vordering op het Verleden —  
of op de Toekomst?  
Nemen we het slavernijverleden als  
willekeurig voorbeeld, dan worden de  
implicaties van de vraag onmiddellijk  
voelbaar...





in een vrijwillige procedure, zonder dagvaarding, aan de kantonrechter ter beslissing voor te leggen. Dat wordt ook wel de 'willige rechtsmacht', prorogatie of kantonrechtsh-arbitrage genoemd. Voor 1 september 2017 moesten partijen dat samen aan een kantonrechter naar keuze vragen. Door een nieuw lid 2 is het nu zo dat één partij zich tot de kantonrechter kan wenden en de rechter vervolgens de andere partij vraagt of zij hieraan mee wil doen. Als de kantonrechter die andere partij benadert en informeert over de procedure, verwacht de wetgever dat die partij eerder bereid zal zijn om hieraan mee te werken.<sup>44</sup>

### **Nadere informatie en beperkte kennisneming van stukken**

Ook de regeling met betrekking tot vertrouwelijke stukken is per 1 september 2017 aangepast. In artikel 22 Rv stond al dat de rechter partijen of één van hen kan *bevelen* bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. Daar zijn een nieuw lid 2 t/m 6 aan toegevoegd.<sup>45</sup> Partijen kunnen (nu ook) vragen dat de rechter slechts van bepaalde stukken kennis zal nemen, zij het dat de rechter alléén met toestemming van de andere partij(en) op de grondslag van die stukken uitspraak mag doen. Als deze toestemming niet wordt gegeven, moet de zaak – blijkens lid 6 – worden verwezen naar een andere kamer van de rechtbank. Dit omdat de eerste rechter natuurlijk inmiddels wel kennis

heeft genomen van de vertrouwelijke inlichtingen of stukken. Verder maakt het eerste lid van het nieuwe artikel 22a Rv het mogelijk dat kennisneming van bepaalde stukken is voorbehouden aan een advocaat of arts of andere bijzondere gemachtigde.

Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een deskundigenrapport in een zaak over een minderjarige.<sup>46</sup> Blijkens het tweede lid is beperkte kennisneming ook mogelijk als het om stukken gaat die de 'persoonlijke levenssfeer' van een ander onevenredig zouden schaden. De 'persoonlijke levenssfeer' die in het tweede lid wordt beschermd, kan weliswaar ook betrekking hebben op rechtspersonen, maar het gaat om de persoonlijke levenssfeer 'van een ander' en daarmee is een ander dan de procespartijen bedoeld.<sup>47</sup> In dit verband kan natuurlijk niet onvermeld blijven dat de Wet bescherming bedrijfsgeheimen de Eerste Kamer inmiddels heeft gepasseerd en op 23 oktober 2018 in werking is getreden.<sup>48</sup> Met deze wet wordt uitvoering gegeven aan Richtlijn 2016/943/EU (PbEU 2016, L157) inzake de harmonisatie in de lidstaten van de Europese Unie van de regels betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie. De wet vermeldt wat onder een bedrijfsgeheim wordt verstaan, tegen welke vormen van inbreuk daarop (onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken) kan worden opgetreden en welke maatregelen, procedures en rechtsmiddelen daarvoor kunnen worden ingezet. Nieuw zijn de bepalingen in een titel 15a Rv (art. 1019ia t/m 1019ie) die de geheimhouding tijdens een procedure over de beweerdelijke schending van bedrijfsgeheimen regelen. De laatste loot aan de stam van deze artikelenreeks over nadere informatie en beperkte kennisneming van stukken is artikel 22b Rv. Daarin een 'geheugensteuntje' voor partijen dat

de rechter door hen verschaft gegevens en bescheiden buiten beschouwing kan laten als partijen – op zijn verzoek – niet duidelijk maken ter toelichting of onderbouwing van welke stellingen de gegevens of bescheiden zijn bedoeld en welk onderdeel daartoe van belang is.

### **Versterkte regiefunctie van de rechter**

Het bovenstaande sluit aardig aan op het nieuwe lid 2 van artikel 19 Rv met daarin de versterkte regiefunctie van de rechter: de rechter kan ambtshalve of op verlangen van een van de partijen alle beslissingen nemen die nodig zijn voor een goed verloop van de procedure. Mogelijk zullen advocaten soms onder de aandacht van een rechter moeten brengen dat het volgens de wetgever voor de hand ligt dat bij belangrijke procedurele beslissingen de rechter hierover tevoren met partijen spreekt en bij de besluitvorming de belangen van partijen afweegt tegen het belang van een snelle en doelmatige procedure.<sup>49</sup> Ook vóór 1 september 2017 spoorde de Hoge Raad overigens al aan tot (meer) regie van de rechter in een verdelingszaak van een nalatenschap (zie HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:939). In deze zaak vorderde een erfgenaam verdeling van een beneficiair aanvaarde nalatenschap. Hij had echter onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om tot de voor de verdeling benodigde conclusie te kunnen komen dat de schulden van de nalatenschap waren voldaan. De Hoge Raad overweegt dat de rechter een partij die niet voldoet aan die stelplicht kan bevelen haar stellingen zodanig toe te lichten dat de rechter in het verdelingsgeschied kan beoordelen of de vereffening is voltooid (art. 22 Rv). Is de vereffening naar het oordeel van de rechter niet voltooid of is over de voltooiing onvoldoende uitsluitel verkregen, dan dient de rechter in overleg met partijen te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om desondanks op de grondslag van de vordering en het



verweer te beslissen op een wijze die ook voldoende rekening houdt met de belangen van schuldeisers van de nalatenschap. Hoewel het hier natuurlijk een bijzondere situatie betrof waarbij ook de belangen van derden speelden, is deze uitspraak toch illustratief voor wat betreft het leerstuk van de regierol van de rechter.

### **Mogelijkheid van mondelinge einduitspraak ter zitting**

Ten slotte is ook per 1 september 2017 artikel 30p Rv in werking getreden dat de mogelijkheid uitbreidt om ter zitting mondeling uitspraak te doen. De mogelijkheid om mondeling een **tussen**vonnis te wijzen, als alle partijen ter zitting zijn verschenen, bestond al voor 1 september 2017 (art. 232 Rv). Op grond van artikel 30p Rv kan de rechter nu dus ook ter zitting een mondeling **eind**vonnis wijzen. In beginsel moet de rechter de tijd nemen om de uitspraak integraal op schrift te stellen. Vanuit het perspectief van het goede verloop van de procedure en met het oog op de acceptatiegraad van de rechterlijke beslissing voor partijen is het zeer wel denkbaar dat de rechter het doen van mondeling uitspraak ter zitting eerst afstemt met partijen.<sup>50</sup> Het behoort in ieder geval tot de taak van de advocaat om met zijn cliënt te bespreken of een mondelinge uitspraak wenselijk is en eventueel ook om dit in de processtukken of tijdens de zitting kenbaar te maken. In bodemprocedures kan in hoger beroep – anders dan in eerste aanleg – de einduitspraak niet mondeling ter zitting worden gedaan. Een mondelinge einduitspraak ligt volgens de wetgever dan niet voor de hand, gezien het vaak gecompliceerde karakter van de zaak, de motivering die gerelateerd moet zijn aan de gronden en daarom uitgebreider is dan in eerste aanleg en de omstandigheid dat een meervoudige kamer de zaak behandelt.<sup>51</sup> Een tussenarrest en een eindarrest in kort geding kunnen daarentegen wel mondeling worden uitgesproken. Het

één en ander volgt ook uit het nieuwe artikel 357 lid 2 Rv. Deze bepaling is (abusievelijk) niet in werking getreden. Gelet op de bedoeling van de wetgever en gelet op de aard van het hoger beroep, moet worden aangenomen dat het doen van een mondelinge einduitspraak in bodemprocedures in hoger beroep ook niet per 1 september 2017 mogelijk is. Dat is ook de praktijk bij de hoven. Als uitspraak ter zitting wordt gedaan, gebeurt dit alleen in verzoekschriftzaken (tussen- en einbeschikking), in kort geding (tussen- en eindarrest) of bij tussenarresten in bodemzaken. Artikel 30p Rv stelt een aantal eisen aan de mogelijkheid tot het doen van een mondelinge uitspraak. Zo is vereist dat alle partijen bij de mondelinge behandeling zijn verschenen en moet de uitspraak worden vastgelegd in een proces-verbaal (zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 18 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1646). Dit brengt mee dat uitsluitend de ingevolge het tweede lid reeds mondeling medegedeelde gronden voor de beslissing schriftelijk kunnen worden vastgelegd, nu een proces-verbaal naar zijn aard beperkt is tot een weergave van het verhandelde ter zitting. Dat is niet de bestaande praktijk in kort geding. Dan is soms direct een executabel dictum nodig en spreekt de rechter slechts zijn beslissing en de (belangrijkste) gronden daarvoor uit. Kort daarna wordt er door de griffier een zogenoemd kop-staartvonnis verstrekt en in de dagen daarna de uitspraak schriftelijk uitgewerkt. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij verzoeken tot vrijheidsbenaming op grond van de Wet Bopz. Veelal wordt dan ter zitting uitspraak gedaan en de gevraagde machtiging op het verzoekschrift aangetekend. Later volgt dan een uitgewerkte beschikking. Mag dit allemaal nog wel met de inwerkingtreding van artikel 30p Rv per 1 september 2017? Ja dat mag, oordeelt de Hoge Raad op 20 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:650).

Ofschoon de Kamerstukken ook passages bevatten die volgens hem in een andere richting wijzen, gaat de Hoge Raad er toch vanuit dat de wetgever met de invoering van artikel 30p Rv niet heeft beoogd een einde te maken aan de in dergelijke zaken bestaande praktijk. De rechter kan in die gevallen dus mondeling uitspraak doen zowel overeenkomstig de bestaande praktijk (bij een spoedeisend belang) als op de voet van artikel 30p Rv (in beginsel in eenvoudige zaken). Deze nieuwe wettelijke bepaling ziet, mede blijkens de daarop gegeven toelichting, kennelijk met name op eenvoudige zaken, waarin geen spoedeisend belang bij de uitspraak hoeft te bestaan en waarin de nieuwe wettelijke voorschriften praktisch toepasbaar zijn. Als mondeling uitspraak wordt gedaan overeenkomstig de bestaande praktijk, geeft de Hoge Raad nog wel mee dat de schriftelijke uitwerking bij voorkeur binnen enkele dagen beschikbaar moet zijn en uiterlijk binnen twee weken. In het geval dat de verplichting bestaat om bij het aanwenden van een rechtsmiddel tegen een uitspraak dadelijk de gronden voor dat rechtsmiddel aan te voeren, dienen partijen – zo herhaalt de Hoge Raad<sup>52</sup> nog eens – steeds ten minste twee weken beschikbaar te hebben voor het aanvoeren van die gronden of zoveel minder als overeenstemt met de in het gegeven geval van toepassing zijnde kortere wettelijke rechtsmiddelentermijn. Als na het beschikbaar komen van de schriftelijke uitwerking van de uitspraak minder resteert, dient de termijn voor het aanvoeren van die gronden daarom zodanig te worden verlengd dat die termijn van twee weken dan wel die kortere termijn wel beschikbaar is. Verder wijst de Hoge Raad er nog eens op dat de rechters die de mondelinge uitspraak doen overeenkomstig de bestaande praktijk, ook de schriftelijke uitwerking daarvan dienen vast te stellen (zie ook sub Uitspraak over HR 13

april 2018, ECLI:NL:HR:2018:604). Bij de beslissing om mondelinge uitspraak te doen, dient hiermee dan ook rekening te worden gehouden. Mocht een rechter defungeren voordat de schriftelijke uitwerking is vastgesteld, dan zal – in de woorden van de Hoge Raad – ‘noodgedwongen’ moeten worden volstaan met de vastlegging van de mondelinge uitspraak in een proces-verbaal, aangezien de nadere schriftelijke uitwerking ervan (het ‘wijzen’ van de uitspraak of het vaststellen van de tekst ervan) niet meer in de door de wet geëiste samenstelling mogelijk is, en de uitspraak dan al is gedaan. Tot slot en ter voorkoming van mogelijke beroepsfouten graag nog even uw aandacht voor het eveneens per 1 september 2017 in werking getreden artikel 339 lid 1 Rv.<sup>53</sup> Daaruit volgt dat de appeltermijn van de mondelinge uitspraak gaat lopen vanaf de dag van de mondelinge uitspraak en dus niet vanaf het moment dat de schriftelijke uitwerking beschikbaar is.<sup>54</sup>

### **Uitspraken in KEI-zaken**

Hierna bespreken wij uitspraken die enkel van belang zijn voor zaken bij de gerechten waar al de (relevante) KEI-bepalingen die zien op de digitalisering en de invoering van de uniforme basisprocedure van toepassing zijn. Zelfs als besloten zou worden dat deze pilots worden stopgezet (zie ook hiervoor sub ‘Gefaseerde inwerkingtreding’), zal daar – in verband met de vereiste in-trekkingswetgeving – toch nog enige tijd overheen gaan. Omwille van de duidelijkheid worden de in die zaken van toepassing zijnde bepalingen hierna aangeduid als KEI-Rv.

### **Bezorging op informele wijze**

Artikel 112 lid 1 KEI-Rv voorziet erin dat de eiser kan proberen de kosten van betekening uit te sparen door het van de griffie ontvangen oproepingsbericht niet bij exploit maar op andere wijze aan de verweerder te (laten) bezorgen. Dit kan per post, e-mail of door welke methode dan

ook. Deze informele bezorging dient – op grond van het bepaalde in lid 2 van die bepaling – wel binnen twee weken na de dag van indiening van de procesinleiding plaats te vinden. HR 13 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2629) leert dat overschrijding van deze termijn niet is aan te merken als een geval waartoe de nietigheidssanctie van artikel 120 lid 1 KEI-Rv zich uitstrekt. Heeft een verweerder in de periode tussen de bezorging en de uiterste verschijndatum niet ten minste twee weken gelegenheid gehad om te beslissen of hij in de procedure wil verschijnen, dan zal de rechter nog geen verstek kunnen verlenen, maar zal hij de eiser moeten gelasten aan de verweerder bij exploit een nieuwe uiterste verschijndatum aan te zeggen. Daarbij dient de verweerder alsnog een termijn van twee weken te krijgen om te beslissen of hij wil verschijnen. Ingevolge de laatste volzin van artikel 30g KEI-Rv is artikel 112 KEI-Rv bij de oproeping van derden in het geding in het geheel niet van toepassing. In dat geval zal bij exploit moet worden opgeroepen en kan dit niet geschieden door bezorging op andere wijze als bedoeld in artikel 112 lid 1 Rv. Zie HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649.

### **Herstel**

KEI-zaken worden aanhangig door digitale indiening (art. 125 KEI-Rv). Niet-ontvankelijkheid zal moeten volgen als is verzuimd om de zaak digitaal in te dienen, terwijl dit wel verplicht was en ook geen gebruik is gemaakt van een geboden mogelijkheid tot herstel. Zie HR 29 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2525). Zie voor vergelijkbare beslissingen ook HR 6 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:532) en HR 15 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:921).

De Hoge Raad kiest in zijn arrest van 13 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2628) voor de mogelijkheid van herstel van een inhoudelijk gebrek in de procesinleiding op grond van arti-

kel 30c lid 6 KEI-Rv. Volgens annotator A.I.M van Mierlo in *NJ 2017/419* is dit onjuist en had dit op grond van de artikelen 120 e.v. KEI-Rv gemoeten. Onduidelijk is wat de status is van onjuiste en niet-gecorrigeerde gegevens in het vanwege de rechter verzonden oproepingsbericht. J.L.L. Boudevijn rekent het in *TvPP 2017-6* (‘KEI: procesinleiding. Leuker kunnen we het niet maken. Wel complexer!’) in ieder geval tot de taak van de deurwaarder om de personalia te controleren en neemt aan dat onjuistheden (bijvoorbeeld als de naam van de verweerder niet juist of niet compleet is weergegeven) door de deurwaarder door middel van een renvooi op het oproepingsbericht kunnen worden aangepast.

### **Kantoorbetekening**

In KEI-zaken acht de Hoge Raad de kantoorbetekening gewoon mogelijk (zie HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1278; zie ook hiervoor sub Internationale betekening). In KEI-zaken blijft daarmee de rechtspraak over artikel 63 Rv relevant.

### **Verwijzing**

In Rechtbank Midden-Nederland 3 januari 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:4) krijgt de Utrechtse kantonrechter te maken met een zaak die eigenlijk had moeten worden aangebracht bij de handelskamer en digitaal had moeten worden ingediend. De kantonrechter kiest voor een soepele oplossing: hij verwijst naar de handelsrol, waar beide partijen een advocaat moeten stellen. Verder dicteert hij dat daarna de procedure in beginsel op papier en volgens niet-KEI procesrecht zal worden voortgezet, tenzij de handelsrechter anders beslist. Als er sprake van misbruik zou zijn, ligt volgens de kantonrechter een andere uitkomst voor de hand. Over dat laatste merkt annotator J.D.A. den Tonkelaar in *JBP 2018/42* op dat als een – heel kiene – rechter bij het voorlopig oordeel over het geschil en de noodzaak van verwijzing misbruik van procesregels



vermoedt, hij dus de weg van artikel 74 lid 1 Rv in combinatie met de KEI-wetgeving zal moeten bewandelen. Dan is er dus wel een procesinleiding als bedoeld in artikel 30a KEI-Rv nodig na verwijzing.

### Vrijwaring

In Rechtbank Gelderland 29 november 2017 (ECLI:NL:RBGEL:2017:6234) wordt ook voor een soepele oplossing gekozen. Het ging hier om de situatie waarin voor de pilot een hoofdzaak was gestart en daarna een vrijwaringszaak die eigenlijk op de voet van KEI-Rv had moeten worden ingediend. De rechter voorziet in een lacune in het KEI-overgangsrecht en oordeelt dat op een vordering in vrijwaring die na 1 september 2017 aanhangig wordt gemaakt, het ‘oude’ procesrecht van toepassing is in het geval de hoofdzaak vóór 1 september 2017 aanhangig is gemaakt en overeenkomstig het ‘oude’ procesrecht wordt behandeld en beslist.

### KOSTEN

#### Griffierecht

Niet-tijdige betaling van het griffierecht kan ook in de verzoekschriftprocedure verstrekking consequenties hebben. Niet-ontvankelijkverklaring van verzoeker blijft echter achterwege als de rechter van oordeel is dat het achterwege blijven van tijdige betaling leidt tot een onbillijkheid van overwegende aard (art. 282a lid 4 Rv). Op deze hardheidsclausule kan – blijkens HR 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1013) – ook met succes een beroep worden gedaan als een eerdere betaling door de griffier blijkt te zijn teruggestort met het betalingskenmerk van een andere zaak.

Moet de griffier – voor wat betreft het verschuldigde griffierecht – een vordering van onbepaalde waarde toch aanmerken als een vordering van bepaalde waarde als daarvoor aanwijzingen zijn? Onder de oude Wet tarieven in burgerlijke zaken (Wtbz) was dat niet het geval en mocht de griffier niet – als het ware –

door de vordering heen kijken.<sup>55</sup> In zijn arrest van 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1014) oordeelt de Hoge Raad echter dat ook als niet de betaling van een geldsom is gevorderd, maar bijvoorbeeld een verklaring voor recht, voor de berekening van het griffierecht moet worden aangeknoopt bij de waarde van de vordering. In de annotatie onder dit arrest in *JBPr 2017/49* gaan B.F.L.M. Schim en P.E. Ernste er vanuit dat de Hoge Raad kennelijk beoogt te breken met de situatie onder de oude Wtbz. Volgens hen overtuigt de motivering niet en roept dit arrest ook in andere opzichten vragen op. Met name vinden zij onduidelijk op welke wijze het financieel belang moet worden vastgesteld.

#### Proceskosten

Een volledige proceskostenveroordeling in andere zaken dan IE-zaken<sup>56</sup> is alleen mogelijk in ‘buitengewone omstandigheden’, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad.<sup>57</sup> Daarvan is eerst sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Dit zou het geval kunnen zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Uit HR 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2360) volgt dat dit leerstuk ook kan worden toegepast ten aanzien van de verwerende partij. Het moet wel om procespartijen gaan, benadrukt de Hoge Raad – in zijn op dezelfde dag uitgesproken arrest – in een andere zaak (zie ECLI:NL:HR:2017:2366). De vraag of en in hoeverre een benadeelde de kosten van een procedure kan verhalen op een derde die niet in die

procedure was betrokken, moet niet worden beantwoord aan de hand van de hiervóór genoemde maatstaf. Daarvoor gelden de algemene regels betreffende aansprakelijkheid en schadevergoeding.

### KORT GEDING

Welke kortgedingrechter is bevoegd voor een vordering in kort geding tot teruggave van een rijbewijs als het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) deze eerder ongeldig heeft verklaard in het kader van het – inmiddels afgeschafte – alcohol-slotprogramma? De bestuursrechter of de civiele kortgedingrechter als zogenoemde ‘restrechter’? Volgens de Hoge Raad komt deze vordering erop neer dat het CBR moet terugkomen van zijn eerdere besluiten, waarvan op grond van de Awb bezwaar en beroep openstaan, zodat hier een niet-ontvankelijkheidsoordeel van de civiele rechter dient te volgen (HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58). In de zaak die leidde tot HR 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1806) probeerden de nabestaanden van Mitch Henriquez tevergeefs in civiel

our feurst vurdiht  
is det wie ar mor  
ekspenzif.  
verrie kommursjel,  
niewaar?



kort geding de namen te krijgen van de agenten die bij zijn aanhouding waren betrokken. Ook de Hoge Raad voelt daar niets voor. De aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter heeft geen betrekking op voorzieningen die partijen uitsluitend verlangen met het oog op de procesvoering in de rechtsgang bij een andere rechter. Partijen zijn in die rechtsgang aangewezen op de voor die rechtsgang geldende regels en mogelijkheden.

### NETHERLANDS COMMERCIAL COURT (NCC)

De Eerste Kamer heeft op 11 december 2018 het wetsvoorstel<sup>58</sup> aangenomen om binnen de Rechtbank en het Hof Amsterdam een internationale handelskamer, het NCC, op te richten die, in zaken met een internationaal aspect, de behandeling en de uitspraak kan doen in het Engels, en die ook een eigen, iets meer op grote zaken toegesneden, procesreglement zal hebben. Het is de bedoeling dat – op vrijwillige basis – geprocedeerd wordt tegen een kostendekkend (veel hoger) griffierecht. Zie voor een bespreking van de processuele aspecten van de NCC, de bijdrage van J.B.J. Hoefnagel en T.M. Welling in *TvPP 2018/2*.

### PARTIJPERIKELLEN

#### Belanghebbende

In het personen- en familierecht wordt in het algemeen onder belanghebbende verstaan degene op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft (art. 798 Rv). HR 30 maart 2018 (ECLI:NL:HR:2018:463) leert dat als de rechter in eerste aanleg het gezag van beide ouders heeft beëindigd, beide ouders belanghebbenden in hoger beroep zijn, ook als één van hen slechts hoger beroep instelt. De tweede volzin van artikel 798 lid 1 Rv bepaalt dat ook als belanghebbende wordt aangemerkt degene die niet de ouder is en die gedurende ten minste een jaar de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt.

Uit een door de Hoge Raad op dezelfde dag in een andere zaak uitgesproken arrest (ECLI:NL:HR:2018:488) volgt dat deze verzorging en opvoeding door de pleegouder ook nog moeten plaatsvinden ten tijde van (de aanvang van) de procedure die betrekking heeft op de minderjarige.

#### Lastgeving

In lijn met zijn andere uitspraken over lastgeving komt de Hoge Raad in zijn arrest van 16 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2112) tot het volgende oordeel: een eiser die in eerste aanleg een vordering op eigen naam heeft ingesteld, kan in hoger beroep zijn vordering aanpassen door alsnog te stellen dat hij die vordering in eigen naam als lasthebber van een rechthebbende geldend maakt. Zie voor complicaties die in een dergelijke situatie kunnen optreden F.J. Werners, 'Procederen op grond van lastgeving: kan de lastgever nog ingrijpen?', *BER 2018/5*.

#### Processueel ondeelbare rechtsverhouding

Met HR 10 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:411) dient het leerstuk van de processueel ondeelbare rechtsverhouding op een geheel andere wijze – ambtshalve – benaderd te worden dan met het *exceptio plurium litis consortium* het geval was. Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken. Dit door oproeping op de voet van artikel 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. In *TvPP 2017/4* bespreekt F.J.P. Lock (al) de nieuwe wegen die dit arrest inslaat en de vragen die het oproept. In een zaak waarin de KEI-wetgeving volledig van toepassing is (zie ook hiervoor sub KEI, gefaseerde inwerkingtreding)

geldt – mutatis mutandis – natuurlijk hetzelfde (zie HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649).

#### Schorsing van het geding op de voet van artikel 225 Rv

Als tijdens de instantie waarin een schorsingsgrond zich aandient, geen toepassing wordt gegeven aan de wettelijke schorsingsregeling en het geding op naam van de oorspronkelijke partijen wordt voortgezet, kan in een volgende instantie niet alsnog op die grond schorsing van het geding worden ingeroepen. Zie HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:982.

Met een arrest van de Hoge Raad uit 2013<sup>59</sup> is het eenvoudiger geworden om vergissingen in verband met partijwisselingen te repareren. Het Hof Amsterdam (21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:985) voelt niets voor een dergelijke reparatie als er kennelijk sprake is van een bewuste keuze om niet bekend te maken dat in hoger beroep door een andere partij onder dezelfde naam werd voortgeprocedeerd.

#### Vertegenwoordiging

In de zaak die leidde tot HR 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1353) werd in het cassatiemiddel betoogd dat het hof had moeten onderzoeken of de advocaat van de wederpartij wel bevoegd was om namens die partij incidenteel appel in te stellen. Dit middel strandt op grond van artikel 81 RO en dus zonder nadere motivering. Op de rechter rust immers niet de plicht ambtshalve te onderzoeken of een advocaat wel vertegenwoordigingsbevoegd is (zie sub 2.20 conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:278).

In zijn arrest van 3 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:158) verduidelijkt de Hoge Raad een in 2015<sup>60</sup> door hem gewezen arrest over de bevoegdheid van een minderjarige om – bij substantiële conflicten met degene die het gezag over hem of haar uitoefent – zelf een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator (art. 1:250 BW) te doen. Een minderjarige



behoeft bij een dergelijk verzoek niet vertegenwoordigd te worden door een ouder of voogd, maar kan tegen de afwijzing daarvan niet zonder de verplichte bijstand van een advocaat een rechtsmiddel instellen.

Op 2 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:147) anticipeert de Hoge Raad op het (nog) niet door Nederland geratificeerde Haags Volwassenenbeschermingsverdrag met zijn oordeel dat alleen de Spaanse curator van een in Spanje wonende meerderjarige bevoegd is om in Nederland te procederen.

### PLEIDOOI

Het recht op pleidooi laat zich niet makkelijk ontzeggen en de afwijzing van een verzoek daartoe vereist motivering. In zijn arrest van 13 juli 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1172) laat de Hoge Raad er geen twijfel over bestaan dat uit een dergelijke rolbeslissing moet blijken dat de rechter het verzoek om pleidooi heeft beoordeeld met inachtneming van de daarvoor geldende maatstaven. Zie voor de hier bedoelde maatstaven onder meer HR 15 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3151) en de annotatie bij dit arrest van C.J.M. Klaassen in *JBP* 2018/19.

### SCHADESTAATPROCEDURE

In zijn arrest van 27 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2774) onderstreept de Hoge Raad weer eens dat de rechter in de hoofdzaak steeds mag oordelen over (elementen van) schade (zoals hier bijvoorbeeld causaliteitsvragen of een beroep op eigen schuld), ongeacht of verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevraagd én ongeacht of in de schadestaatprocedure het debat over deze (elementen van) schade nog verder gevoerd zou kunnen worden. Wees dus voorbereid op een actieve rechter in de hoofdzaak! En heeft de rechter in de hoofdzaak inderdaad al bij vonnis beslist over elementen van het schadedebat, dan is in de schadestaatprocedure geen nieuw debat daarover meer mogelijk (zie bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 5 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2891).

Voortzetting van het schadedebat op de al besliste punten kan alleen na aanwending van een rechtsmiddel tegen de in de hoofdprocedure gewezen uitspraak.

Dat de rechter in de schadestaatprocedure gebonden is aan de aansprakelijkheidsgrondslag, zoals die in de hoofdzaak is vastgesteld, blijkt opnieuw uit HR 19 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1975). Deze gebondenheid maakt ook dat, als de schadestaatprocedure parallel loopt naast een nog lopende hoofdzaak, een vernietiging in hogere instantie van de uitspraak met daarin de aansprakelijkheidsgrondslag moet leiden tot algehele afwijzing van de schadestaatvordering (Hof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3364). Deze gebondenheid leidt er tevens toe dat in de schadestaat alleen partijen mogen worden gedagvaard die ook al gedaagde waren in de hoofdzaak. De schadestaatprocedure is immers een tenuitvoerlegging van het veroordelend vonnis in de hoofdzaak, tegen dezelfde partijen. De Rechtbank Den Haag verklaart eiser dan ook niet-ontvankelijk in zijn schadestaatvordering tegen twee 'nieuwe' gedaagden (11 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8307).

Dat 'mijlpaalarresten' toch tot 'pyrrus-overwinningen' kunnen leiden, blijkt uit een uitspraak in een schadestaatprocedure van de Rechtbank Amsterdam van 19 april 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:2339). In aansluiting op de hoofdzaak, het bekende 'kansschade-arrest' HR 21 december 2012<sup>61</sup> tussen Hassink en Deloitte, vorderde Hassink in de schadestaat vergoeding van zijn schade ten gevolge van het onjuiste fiscale advies uit 1988 (!) van Deloitte. De rechtbank wijst in de schadestaat Hassinks vorderingen af, omdat de schadeposten niet adequaat zijn uitgewerkt en causaal verband ontbreekt tussen de gestelde schade en het onjuiste advies.

### UITSPRAAK

In zijn arrest van 13 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:604) beantwoordt

de Hoge Raad prejudiciële vragen van het Amsterdamse Hof over wat de route moet zijn als een rechter defungeert voordat uitspraak is gedaan. Het ging hier om een rechter in de Rechtbank Amsterdam, die de overstap naar het Amsterdamse Hof maakte. Daarvoor had hij – als lid van de meervoudige kamer van de rechtbank – nog wel het pleidooi bijgewoond en deelgenomen aan het raadkameroverleg. Ook was het conceptvonnis klaar voor zijn vertrek naar het hof. De uitspraakdatum dateerde echter van na zijn defungeren, terwijl zijn naam wel onder het uitgesproken vonnis stond. Dat mag niet. De Hoge Raad dicteert dat een beschikking, vonnis of arrest uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd voordat de beschikking, het vonnis of het arrest was gewezen, nietig is (zie ook art. 5 lid 2 Wet RO). De Hoge Raad overweegt dat wel een verbetering van een kennelijke fout in de zin van artikel 31 Rv na het defungeren van een rechter kan plaatsvinden. Verder gaat hij ervan uit dat het – door artikel 6 EVRM gewaarborgde – recht op beoordeling door een onpartijdige rechter meebrengt dat de zaak hier niet door het hof kan worden afgedaan, maar dat nieuwe rechters van de Rechtbank Amsterdam zich over het geschil moeten buigen. Met deze antwoorden in de hand verstaat het Amsterdamse Hof vervolgens op 5 juni 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:1859) dat het betreffende vonnis van de Rechtbank Amsterdam nietig is en verwijst daarnaar ter voltooiing van diens taak. Zie in dit verband ook HR 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2561) waarin een beschikking van het Amsterdamse Hof sneuvelt omdat deze mede was gegeven door een nog niet als zodanig beëdigde raadsheer-plaatsvervanger.

### VERSTEK/VERZET

Als er in eerste aanleg meerdere gedaagden zijn waarvan er ten minste één in het geding is verschenen en

tegen de niet-verschenen gedaagde(n) verstek wordt verleend, bepaalt artikel 140 lid 3 Rv dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Het Bossche Hof vroeg zich af of deze regel ook geldt als de vordering tegen de enige verschenen gedaagde ter comparitie van partijen is ingetrokken. Het antwoord op deze prejudiciële vraag zet de Hoge Raad (7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1274) in de sleutel van de ratio van artikel 140 lid 3 Rv. Tegenstrijdige beslissingen moeten worden voorkomen als zowel het rechtsmiddel van hoger beroep als dat van verzet zou worden aangewend. Het risico van tegenstrijdige uitspraken is in deze situatie echter niet aanwezig. Het door de rechtbank ten aanzien van de niet-verschenen gedaagden gewezen vonnis moet volgens de Hoge Raad dan ook worden aange-merkt als een verstekvonnis, waartegen het rechtsmiddel van verzet openstaat.

### VERZOEKSCRIFT-PROCEDURE

Wie een formeel gebrek mag herstellen, kan dat herstel niet ook benutten voor een inhoudelijke aanpassing, zo leert HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:219. Het herstel in deze kwestie vloeit voort uit artikel 281 lid 1 Rv, dat bepaalt dat wanneer een verzoekschrift ten onrechte niet door een advocaat is ingediend (wat dus eigenlijk tot niet-ontvankelijkheid zou leiden), de rechter de verzoeker de gelegenheid geeft binnen een door hem te bepalen termijn dit verzuim te herstellen. Op grond van artikel 362 Rv geldt dit ook in appel ten aanzien van een beroepschrift dat, vanwege de door de rechter te bepalen termijn voor herstel, met handtekening van de advocaat daarop mogelijk pas na afloop van de appeltermijn wordt ingediend. In deze zaak had de man op de laatste dag van de appeltermijn een beroepschrift zonder handtekening van zijn advocaat ingediend bij het hof.

Binnen de door het hof vergunde termijn heeft de advocaat van de man een door hem getekend beroepschrift ingediend dat echter afwijkt van het oorspronkelijk door de man ingediende beroepschrift. De Hoge Raad oordeelt dat daarmee niet het in artikel 281 Rv bedoelde verzuim is hersteld en dat de man daarom niet-ontvankelijk is in zijn beroep. In *JBP* 2018/21 wijst annotator F.J.P. Lock erop dat dit probleem natuurlijk niet hoeft te spelen als het niet-ondertekenen binnen de appeltermijn wordt opgemerkt. Dan kan de advocaat – onder intrekking van het oorspronkelijke beroepschrift – vóór het verstrijken van de termijn een nieuw, andersluidend beroepschrift indienen.

Over de mogelijkheid om in een echtscheidingsprocedure een voorlopige voorziening ex artikel 223 Rv te verzoeken, bestonden in de feitenrechtspraak verschillende visies. Op 31 augustus 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1414) hakt de Hoge Raad de knoop door: het kan niet. De wet kent namelijk in de artikelen 821-826 Rv een bijzondere regeling voor voorlopige voorzieningen in een scheidingsprocedure. Daarmee is niet te verenigen dat ook op grond

van artikel 223 Rv een voorlopige voorziening kan worden gevraagd.

### WRAKING

In twee strafzaken bevestigt de Hoge Raad op 25 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1413 en ECLI:NL:HR:2018:1770) dat rechterlijke (tussen) beslissingen nooit grond kunnen zijn voor een wraking, omdat wraking nu eenmaal geen verkapt rechtsmiddel is. Dit uitgangspunt kent echter een uitzondering! Wanneer de motivering van de (tussen)beslissing – in het licht van alle omstandigheden van het geval en naar objectieve maatstaven gemeten – niet anders kan worden verstaan dan als blijk van vooringenomenheid, dan kan – slechts – de motivering grond voor wraking opleveren. Dit uitgangspunt en deze uitzondering gelden voortaan, ook in civiele zaken, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad (in een civiele zaak) van 7 december 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2263). In dit arrest vernietigt de Hoge Raad een arrest wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor door de wrakingskamer van het hof die een wraking had afgewezen. De wrakingskamer had de afwijzing van de wraking namelijk mede gebaseerd op een intern document, een

En dan beoordelen de rechters de rechters die de rechters beoordelen en dat ad infinitum... als een enorme stapel koteletten...





'rolarchiefkaart', waarvan de inhoud wel op de wrakingszitting is besproken maar die de verzoeker niet heeft kunnen inzien of becommentariëren. Na verwijzing gaat een ander hof de wraking opnieuw beoordelen, met (als gezegd) de uitdrukkelijke opdracht van de Hoge Raad om de maatstaven

uit de arresten van 25 september 2018 in acht te nemen. Het enkele argument voor een wraking van de leden van de wrakingskamer, dat sprake is van 'een slager die zijn eigen vlees keurt', vindt geen genade bij de Rechtbank Gelderland (27 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:

2018:3778). De rechtbank legt eerst nog vrij geduldig uit dat elke wraking nu eenmaal door een meervoudige, uit rechters bestaande, kamer moet worden beoordeeld en kwalificeert vervolgens het 'gestapelde wrakingsverzoek' als misbruik van het wrakingsinstrument.

## NOTEN

- 1 Sinds 1 januari 2018 worden conclusies eerder gepubliceerd dan op het moment dat de Hoge Raad uitspraak doet (zie <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Parket-bij-de-Hoge-Raad-gaat-conclusies-eerder-publiceren.aspx>).
- 2 Achtste versie, januari 2018.
- 3 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076 (zie ook de Kroniek van 2014).
- 4 HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 (zie ook de Kroniek van 2016).
- 5 HR 21 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8780 (zie ook de Kroniek van 2011).
- 6 Verordening (EU) nr. 655/2014, *PbEU* L 189/59.
- 7 S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten, *Compendium Beslag en executierecht*, Den Haag, Sdu 2018.
- 8 Zie ook *Advocatenblad 2018/09* ('Scherpere tanden voor beslag en executierecht').
- 9 Zie ook HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4548.
- 10 EU Verordening nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2015, L. 54.
- 11 HvJ EU 30 november 1976, zaaknummer: 21/76, onder meer gepubliceerd in *NJ 1977/494* met noot J.C. Schultsz.
- 12 EU Verordening nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, *PbEU* 2003, L 338.
- 13 Zie de Kronieken van 2011 en 2014, onder verwijzing naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817.
- 14 ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 en ECLI:NL:HR:2013:BZ:1721, zie ook de Kroniek van 2013.
- 15 Vgl. *Kamerstukken* I, 1984-1985, 18 052, nr. 126b, p. 4-5.
- 16 Zie HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3078 en HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0006. Zie voor wat betreft de termijn van dagvaarden HR 13 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:310) en de (kritische) annotatie bij dit arrest van M. Freudenthal in *JBPr 2015/21*.
- 17 *PbEU* 2013, L. 158.
- 18 Zie onder meer *BenGH* 27 juni 2008 (ECLI:NL:XX:2008:BE8660) en *BenGH* 30 september 2010 (ECLI:NL:XX:2010:BO2939). Zie ook de Kroniek van 2008 resp. 2010.
- 19 Artikel 475 lid 1 en artikel 475h lid 1 Rv.
- 20 HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051.
- 21 Zie HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1401.
- 22 Zie de artikelen 143 lid 4, 334 en 400 Rv.
- 23 Zie HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2739, r.o. 3.6.2.
- 24 Zie HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771. Zie ook hierna sub Tweeconclusieregel.
- 25 Vgl. conclusie A-G Wesseling-Van Gent voor HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3978.
- 26 Zie bijv. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7676.
- 27 Zie HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771.
- 28 Zie ook HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1712.
- 29 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:BZ5664. Zie ook de Kroniek van 2013.
- 30 HR 22 april 1983, *NJ 1984/145* (Ritzen/Hoekstra).
- 31 HR 20 maart 2013, ECLI:NL:HR:2015:688.
- 32 HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5892.
- 33 *Stb.* 2017/16.
- 34 *Stb.* 2017/174. Zie artikel I en de toelichting op pag. 13 e.v. voor procedures die zijn uitgezonderd van inwerkingtreding per 1 september 2017 (onder meer renvooi-procedures o.g.v. de Faillissementswet, de schadestaatprocedure en de rekenprocedure).
- 35 Zie het – op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) – gepubliceerde document 'Voortgangsrapportage programma kwaliteit en innovatie' uit december 2017. Zie voor een reconstructie van de gang van zaken rond de invoering van de KEI-wetgeving het artikel 'De kostbare KEI-machine hapert' van N. Gloudemans-Voogd in *Advocatenblad 2018/02*.
- 36 Zie ook [www.advocatenblad.nl/2018/11/15/rechtspraak-binnen-vijf-jaar-digitaal-communiceren/](http://www.advocatenblad.nl/2018/11/15/rechtspraak-binnen-vijf-jaar-digitaal-communiceren/).
- 37 Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/11/15/tk-digitalisering-rechtspraak-civiel-en-bestuur>.
- 38 Zie daarvoor: <https://www.advocatenblad.nl/2018/09/13/rotterdamse-regelrechter-van-start/>.
- 39 Nota van toelichting *Stb.* 2017/174, p.11.
- 40 Nota van toelichting *Stb.* 2017/174, p.7.
- 41 Zie de artikelen 27, 28, 37, 39, 40, 42, 84, 164, 166, 170, 171, 178, 179, 183, 197, 201, 210, 254 en 255 Rv.
- 42 Zie de artikelen 439, 440, 458, 459, 474c, 474d, 475, 476b, 479 en 544 Rv.
- 43 Zie *Stb.* 2016/288, art. III. Zie ook *Kamerstukken* II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 46 en 119.
- 44 Nota van toelichting *Stb.* 2017/174, p. 11 en *Kamerstukken* II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 84.
- 45 Zie ook de artikelen. 8:28 jo 8:29 Awb
- 46 Zie ook *Kamerstukken* II 2014/15, 34059, nr. 7, p. 6-7.
- 47 Zie ook *Kamerstukken* II 2017/18, 34 821, nr. 3, p. 32.
- 48 *Stb.* 2018/370.
- 49 Zie *Kamerstukken* II 2014/2015, 34059, nr. 3 p. 28.
- 50 Steenberghe en Den Tonkelaar 2017, p. 126.
- 51 *Kamerstukken* II 2014/15, 34 138, nr. 3, p. 10.
- 52 Zie onder meer HR 10 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1641.
- 53 *Stb.* 2017/174.
- 54 Zie ook r.o. 3.4.3 in HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:650.
- 55 Zie ook HR 27 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1552, r.o. 2.1.
- 56 Zie artikel 1019h Rv.
- 57 Zie onder meer HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (zie ook de Kroniek van 2012).
- 58 Zie: [https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34761\\_engelstalige\\_rechtspraak](https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34761_engelstalige_rechtspraak).
- 59 HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881 (zie ook de Kroniek van 2013).
- 60 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409. Zie ook de Kroniek van 2015.
- 61 ECLI:NL:HR:2012:BX7491.