

# Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Marc Ynzonides & Margriet de Boer<sup>1</sup>

Het burgerlijk procesrecht was het afgelopen jaar weer een relatief rustig bezit. Desondanks heeft de Hoge Raad zich over talloze kwesties mogen uitlaten. De belangrijkste daarvan worden in deze kroniek aangestipt, zodat de lezer na lezing weer grotendeels bij is. Dit zou overigens wel eens het laatste jaar van relatieve rust kunnen zijn. Vanaf 1 februari 2017 begint de geleidelijke invoering van de wetgeving rond KEI. Aangenomen mag worden dat die nieuwe wetgeving vanaf dag één tot tal van vragen en discussiepunten gaat leiden. De rechterlijke macht en de advocatuur mogen wat dat betreft dus de borst nat maken.

## Algemene ontwikkelingen

### *Inwerkingtreding KEI*

De belangrijkste ontwikkeling is uiteraard de lang verwachte plaatsing in het *Staatsblad* van de wetgeving rond KEI.<sup>2</sup> Gelet op die plaatsing en gegeven de eerdere toezegging door de minister dat tussen plaatsing in het *Staatsblad* en inwerkingtreding een periode van minstens zes maanden zal zitten, kan KEI vanaf 1 februari 2017 van start gaan. Dat begint dan met een pilot bij een tweetal rechtbanken, te weten die van Gelderland (zittingsplaats Arnhem) en Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht). Doorstaat die pilot de vuurproef, dan volgt daarna de geleidelijke inwerkingtreding voor de overige rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad.

KEI brengt ons allereerst de lang verwachte en naar valt aan te nemen door nagenoeg elke procesdeelnemer toe te juichen mogelijkheid (voor tal van zaken zelfs verplichting) om digitaal te procederen. In dit digitale tijdperk valt niet goed uit te leggen dat onze rechtspraak nog steeds een vrijwel papieren aangelegenheid is. Daar staat tegenover dat veel procesdeelnemers, waaronder ook tal van rechters, hun hart vasthouden bij de vraag of dit goed zal gaan. De overheid in het algemeen en het Ministerie van Veiligheid en Justitie in het bijzonder, hebben immers niet bepaald een overtuigend trackrecord op het gebied van grote automatiseringsprojecten. Het valt te hopen dat de IT-infrastructuur niet tot al te grote problemen gaat leiden, want de griffies worden gaandeweg al uitgedund (waarbij de besten vaak als eerste weg zijn), dus als het misgaat, is de vraag of nog voldoende menskracht aanwezig is om problemen handmatig op te lossen. De nabije toekomst zal het leren.

Aangezien het door de rechtspraak gemaakte web-

portaal niet goed aansluit bij de werkwijze van veel advocatenkantoren, heeft een twintigtal kantoren de handen ineen geslagen om te komen tot een eigen systeem (onder de noemer Silex). Dat systeem maakt een directe koppeling mogelijk met het eigen documentmanagementsysteem van het desbetreffende advocatenkantoor, hetgeen tal van voordelen biedt.

KEI brengt ons daarnaast de uniforme rechtsingang. De dagvaarding en het verzoekschrift worden samengevoegd tot één nieuwe, zogenoemde procesinleiding. In het verlengde daarvan komt de verplichting tot betekening van de procesinleiding door een deurwaarder te vervallen (althans in het merendeel van de gevallen). Op dit punt hebben wij nooit onder stoelen of banken gestoken dat wij de meerwaarde van de 'procesinleiding' niet direct inzien. Na die uniforme rechtsingang blijven het immers toch gescheiden trajecten voor geschillen die volgens de vorderingsprocedure (nu nog dagvaardingsprocedure) dan wel verzoekprocedure (nu nog verzoekschriftprocedure) verlopen. Bovendien kwam het ons niet echt verstandig voor om zo'n inhoudelijke wijziging, waarbij natuurlijk in het begin nog veel mis gaat en tal van vragen moeten worden beantwoord, te koppelen aan een nog veel ingrijpender wijziging zoals die van de digitalisering van onze rechtspraak. Maar goed, deze zorgen (die ook anderen hebben geuit) waren aan dovemans oren gericht.

De KEI-wetgeving bevat nog diverse andere wijzigingen ten opzichte van het huidige procesrecht. Zo komen er meer wettelijke termijnen voor processtappen en is er meer ruimte voor regie en maatwerk door de rechter. Een en ander is handzaam op een rij gezet, met inbegrip van de integrale nieuwe tekst van Boek 1 van het Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering, door Heemskerck, Teuben & Wieringa in het boekje Kort begrip van KEI. Er is ook een

nieuwe druk van Tekst & Commentaar verschenen met commentaar op KEI. Die druk is echter nog primair afgestemd op het huidige Wetboek met dan in een slotaantekening de nieuwe wettekst met enige toelichting. Daarnaast draait het cursuscircuit inmiddels ook al weer bijna op volle toeren, dus er zijn voldoende mogelijkheden om bijgespijkerd te worden.

### **Landelijke rolreglementen**

Weinig onderwerpen hebben de afgelopen jaren tot zo veel jurisprudentie van de Hoge Raad geleid als de pilots van de gerechtshoven Amsterdam en Den Bosch. Die jurisprudentie had tot leidraad het beginsel van rechtszekerheid en transparantie. Procespartijen mogen niet onaangenaam verrast worden door nieuwe regelgeving op het niveau van rolreglementen, zeker niet zonder duidelijke voorafgaande waarschuwing en zeker niet als dat leidt tot een sanctie waarbij het recht om een bepaalde proceshandeling te verrichten, wordt ontnomen (zie ook het onderdeel hoger beroep in deze en voorafgaande kronieken).

## **Wanneer pleidooien op een termijn van minimaal anderhalf jaar worden ingepland, kan men zich afvragen waar die paar weken tijdswinst in de schriftelijke fase nu eigenlijk goed voor zijn**

Per 1 september 2016 geldt weer één landelijk reglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven.<sup>3</sup> Daarbij is geprofiteerd van de ervaringen die met de pilots zijn opgedaan. *Bottom line* is dat termijnen voor het nemen van memories en dergelijke weer worden ingekort. Dat moet de snelheid van procederen ten goede komen. Maar die tijdswinst verdwijnt als sneeuw voor de zon wanneer gerechtshoven er een half jaar of zelfs nog veel langer over doen om arrest te wijzen. En wanneer pleidooien op een termijn van minimaal anderhalf jaar worden ingepland,<sup>4</sup> kan men zich afvragen waar die paar weken tijdswinst in de schriftelijke fase nu eigenlijk goed

voor zijn. Bovendien valt te hopen dat gerechtshoven oog blijven houden voor zaken die zich, doorgaans vanwege de complexiteit, niet in dit soort strakke tijdschema's laten inpassen. Dan is regie en maatwerk vereist, maar daarvoor moet wel tijd worden vrijgemaakt.

Het goede nieuws is wel dat de regels nu weer voor alle gerechtshoven gelijk zijn. Dat komt de rechtsgelijkheid ten goede. Het slechte nieuws is daarentegen dat men ervoor gekozen heeft om het nieuwe reglement niet alleen op nieuwe, maar ook op reeds lopende procedures van toepassing te laten zijn. Dat komt de rechtszekerheid en de duidelijkheid vanzelfsprekend niet ten goede. Het valt te voorzien dat de Hoge Raad zich over de toelaatbaarheid hiervan zal moeten uitspreken.

Ook overigens kan men zich afvragen of het nu echt nodig was om weer met een nieuw reglement voor de gerechtshoven te komen. Inmiddels is er namelijk ook een nieuw rolreglement voor de rechtbanken en de gerechtshoven dat geheel is afgestemd op de regelgeving inzake KEI.<sup>5</sup> Voor de rechtspraak is het bepaald onrustig wanneer procesregels – die naar hun aard toch nog steeds een dienend karakter zouden moeten hebben, namelijk ter ondersteuning van de verwezenlijking van materiële rechten – telkens weer veranderen. Het valt te hopen dat na invoering van KEI er eindelijk weer rust op dit front ontstaat.

Vooruitlopend op de inwerkingtreding van KEI is ook al gepubliceerd het Besluit digitalisering burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht.<sup>6</sup>

### **Komst NCC**

Eerder maakten wij al eens melding van de plannen voor de oprichting van een Netherlands Commercial Court. Die plannen hebben inmiddels concrete vorm gekregen. Eind 2015 heeft de Raad voor de rechtspraak een plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court, inclusief kosten-batenanalyse, het licht doen zien. De NCC gaat specialistische overheidsrechtspraak in het Engels (dan wel, op verzoek van alle partijen, in het Nederlands) bieden voor grote internationale handelsgeschillen. Zaken worden standaard meervoudig afgedaan en er komt ruimte voor maatwerk. Partijen kunnen ook afspraken maken over een meer reële proceskostenveroordeling.<sup>7</sup> Het systeem wordt kostendekkend door middel van een verhoging van de griffierechten in de zaken die bij de NCC komen. Als locatie wordt gedacht aan het nieuwe pand van het Hof Amsterdam.

De NCC gaat in onze ogen absoluut in een behoefte voorzien. Aan de ene kant bestaat in de geschillen waarvoor de NCC wordt bedoeld, bijna altijd de behoefte om niet in het keurslijf van de standaardprocedure te worden gestopt. Aan de andere kant kan de NCC er ook voor zorgen dat de reguliere rechterlijke macht ontlast wordt. Gro-

#### **Auteurs**

1. Mr. M. Ynzonides is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.  
Mr. M.H. de Boer is advocaat bij Just Litigation te Amsterdam. Bij wege van disclosure wijzen wij erop dat wij c.q. onze kantoren betrokken zijn geweest bij enkele

in deze kroniek behandelde zaken. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2015 – september 2016.

#### **Noten**

2. *Stb.* 2016, 288-291.  
3. *Stcr.* 2016, 44471. Voor het brondocu-

ment wordt verwezen naar: [www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-civiel-recht/Pages/default.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-civiel-recht/Pages/default.aspx).

4. In september 2015 moesten partijen bij het vragen van pleidooi bij Hof Den Bosch zelfs rekening houden met een datum in 2017. Zie [www.advocatenblad.nl/?p=](http://www.advocatenblad.nl/?p=)

87557.

5. *Stcr.* 2016, 39486.

6. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2016-292.html>.

7. Nadere informatie geeft R.M. Hermans, rekening houdend met een datum in 2017. Zie 'Een Netherlands Commercial Court', in: *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, 2015.

te internationale geschillen zorgen soms voor verstopping van het reguliere systeem door het onevenredige tijdsbeslag dat dergelijke zaken op de rechterlijke macht leggen. Kortom, hoe eerder de NCC van start kan gaan, hoe beter.

### **Amsterdam versus Den Haag?**

Tegelijkertijd wil de Gemeente Den Haag zich voor het internationale bedrijfsleven op de kaart zetten door samen met onder andere ICC Nederland te werken aan plannen om te komen tot het *The Hague Hearing Centre*, een centrum met zittingszalen, *break-out rooms* en kantoorruimten dat volledig is toegerust voor het houden van zittingen in grote commerciële arbitragezaken.<sup>8</sup> Aan dergelijke goed geoutilleerde ruimten, voorzien van de modernste communicatiemiddelen ontbreekt het in Nederland vandaag de dag. Het ligt ons inziens voor de hand om te bezien of dit centrum ook een rol kan vervullen in het kader van de zojuist genoemde NCC. Waarom zouden Amsterdam en Den Haag niet de krachten bundelen om te komen tot één groot state-of-the-art Centre for Commercial Dispute Resolution? Dat zou Nederland pas echt op de kaart zetten.

### **Komst UPC**

Vermeldenswaard is ook de komst van de *Unified Patent Court*, die voortkomt uit de Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht.<sup>9</sup> Tezamen met het zogeheten unitair octrooi<sup>10</sup> beoogt de Europese Commissie daarmee een meer uniforme octrooibescherming in de verschillende lidstaten van de Europese Unie te bereiken. Nu is die bescherming nog verspreid over de verschillende lidstaten, met als gevolg dat rechtspraak uiteen kan lopen en dat in meerdere landen moet worden geprocedeerd. Straks kan centraal worden geprocedeerd bij de UPC over inbreuken op of vernietiging van Europese octrooien. Voor inwerkingtreding is vereist dat dertien landen het verdrag hebben geratificeerd. Nederland wordt waarschijnlijk de elfde lidstaat die het verdrag ratificeert. De UPC krijgt een centrale afdeling in Parijs, met nevenvestigingen in (vooralsnog) Londen (als gevolg van de Brexit zou dit nog wel eens aangepast kunnen worden) en München. Deelnemende lidstaten kunnen daarnaast een eigen lokale vestiging oprichten. Nederland zal dat doen in Den Haag.

## **Algemene beginselen**

### **Recht op mondelinge behandeling**

Het fundamentele recht van partijen hun standpunt mondeling uiteen te zetten, brengt mee dat de uitspraak in beginsel moet worden gewezen door de rechter ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. In HR 15 april 2016<sup>11</sup> verduidelijkt de Hoge Raad – naar valt aan te nemen naar aanleiding van reacties van rechtbanken en hoven – de eerder<sup>12</sup> gegeven regels voor het geval dat tussen de mondelinge behandeling en de uitspraak vervanging van een of meer rechters noodzakelijk blijkt:

- 1) De verplichting voor het gerecht om aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt. Het initiatief om eventueel een nadere mon-

delinge behandeling te verzoeken ligt vanaf dat moment bij partijen.

- 2) Ook indien op het gerecht niet meer de verplichting rust om mededeling te doen van een rechterswisseling, blijft bij de beoordeling van een verzoek om een nadere mondelinge behandeling uitgangspunt dat een uitspraak in beginsel wordt gewezen door de rechter(s) ten overstaan van wie de voorafgaande mondelinge behandeling(en) heeft (hebben) plaatsgevonden. De voorwaarden die in het arrest van 2014 zijn gesteld aan afwijzing van een verzoek om een nadere mondelinge behandeling, kunnen daarom tot de einduitspraak een rol blijven spelen. Gezien het belang van een voortvarende procesvoering neemt het gewicht van het hiervoor genoemde uitgangspunt echter wel af naarmate in tussenuitspraken verdergaand is beslist op geschilpunten die bij de mondelinge behandeling(en) ter sprake zijn gekomen.
- 3) De in 2014 gegeven regels gelden niet voor de comparitie na aanbrengen in hoger beroep, gezien de aard van een dergelijke comparitie en het moment waarop deze plaatsvindt.

Het devies voor procespartijen en advocaten blijft dus oplettend te zijn op een wijziging in de samenstelling van de kamer gedurende de procedure en toe te zien op degelijke verslaglegging van het verhandelde ter zitting. Wat betreft dit laatste is een vooruitgang dat het nieuwe artikel 30n lid 7 Rv de mogelijkheid opent om het procesverbaal te vervangen door een beeld- of geluidsopname van de zitting.

Het recht op een mondelinge behandeling vindt zijn begrenzing in situaties van misbruik. In de echtscheidingszaak die leidt tot HR 24 juni 2016<sup>13</sup> acht de Hoge Raad toelaatbaar dat het hof einduitspraak doet zonder dat een inhoudelijke behandeling ter zitting heeft plaatsgevonden. Hier weegt mee dat de advocaat van de man – die, saillant detail, inmiddels is geschrapt van het tableau<sup>14</sup> – had beoogd een inhoudelijke behandeling ter zitting onmogelijk te maken door welbewust zonder cliënt ter zitting te verschijnen, terwijl de vrouw onder de omstandigheden belang had bij een spoedige afdoening.

### **Hoor en wederhoor**

Partijen hebben het recht kennis te nemen van en zich te kunnen uitlaten over alle gegevens en bescheiden die bedoeld zijn om in de oordeelsvorming van de rechter te worden betrokken. De Hoge Raad pleegt aan toepassing van dit (in artikel 19 Rv verankerde) beginsel van hoor en wederhoor strak de hand te houden.<sup>15</sup>

In deze strakke lijn past HR 19 februari 2016<sup>16</sup> waarin de Hoge Raad bepaalt dat het beginsel van hoor en wederhoor ook in acht moet worden genomen als de rechter-commissaris beslist op een verzoek om termijnverlenging van een pand- of hypotheekhouder ex artikel 58 lid 1 Fw. In dit geval had de rechter-commissaris uitspraak gedaan zonder verzoekster de gelegenheid te bieden kennis te nemen van en te reageren op het verweerschrift van de curator. Dat kan dus niet door de beugel van artikel 19 Rv. Overigens dacht de Hoge Raad daar in HR 20 december 2013<sup>17</sup> nog anders over: daar vond de Hoge Raad het in de gegeven omstandigheden acceptabel dat de rechter-commissaris zijn beslissing had gebaseerd op

telefonische informatie van de curator waarvan de betrokkene pandhouder geen weet had en waarover hij zich niet had kunnen uitlaten.

Volgens HR 29 januari 2016<sup>18</sup> past het hof het beginsel van hoor en wederhoor juist te rigouze toe, door een enkele uren voor de mondelinge behandeling ingediend verweerschrift van negen pagina's buiten beschouwing te laten, omdat de wederpartij geen Nederlands spreekt en hiervan binnen de beschikbare tijd niet behoorlijk kennis heeft kunnen nemen. Hier miskent het hof dat een verweerschrift volgens het procesreglement<sup>19</sup> en artikel 282 lid 1 Rv en artikel 362 Rv kan worden ingediend tot de aanvang van de mondelinge behandeling. Het hof had daarom het verweerschrift niet buiten beschouwing mogen laten, maar had maatregelen moeten treffen om te waarborgen dat de wederpartij voldoende gelegenheid kreeg om het stuk te bestuderen.

### Toegang tot de rechter

Het recht op toegang tot de rechter houdt de gemoederen bezig door voorgenomen verhogingen van het griffierecht en beoogde bezuinigingen op de rechtsbijstand. De laatst voorgestelde verhoging van de griffierechten is gelukkig weer ingetrokken. Tegen de bezuinigingen op de gesubsidieerde rechtsbijstand bestaat eveneens veel weerstand, zodat ook daarover het laatste woord nog niet gezegd is.<sup>20</sup>

Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut. De overheid mag daaraan bij wet beperkingen stellen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter bereiking van een gerechtvaardigd doel. De bestrijding van de aan de rechtspraak verbonden kosten en (bij appel en cassatie) het creëren van een financiële prikkel ter voorkoming van onnodig gebruik van de rechtspraak, zijn als een gerechtvaardigd doel aan te merken. De heffing van griffierechten is dus weliswaar te beschouwen als een beperking van het recht op toegang tot de rechter, maar die beperking is niet onverenigbaar met artikel 6 EVRM, zolang het daardoor gegarandeerde recht niet in zijn kern wordt aangetast.<sup>21</sup> Of dat laatste het geval is moet in concreto worden beoordeeld, waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen de hoogte van het griffierecht en de draagkracht van de rechtzoekende. Deze afweging leidt in HR 8 april 2016<sup>22</sup> tot het oordeel dat de heffing van griffierecht onder de omstandigheden neerkomt op een

ontoelaatbare belemmering van het recht op toegang tot de rechter, aangezien voldoende aannemelijk is dat bij de desbetreffende procespartijen (uitgeprocedeerde asielzoekers) financiële middelen geheel ontbreken. Op Kamervragen die naar aanleiding van dit arrest zijn gesteld, heeft de minister geantwoord dat het arrest geen aanleiding is het tarief van het griffierecht voor onvermogenen generiek te verlagen.<sup>23</sup>

### Onpartijdigheid

De onpartijdigheid van de rechter is een kernwaarde van de rechtspraak. Om te onderzoeken of een externe wrakingskamer bijdraagt aan het vertrouwen in de rechtspraak, loopt sinds april 2014 een pilot waarbij het Hof Amsterdam in beginsel wrakingsverzoeken van het Hof Den Haag behandelt, en andersom. De looptijd van die pilot is in april 2015 verlengd, omdat nog niet voldoende wrakingsverzoeken waren behandeld om tot een goede evaluatie te komen.<sup>24</sup> Wij hebben begrepen dat het rapport van de onderzoekers van de Universiteit Utrecht nu op korte termijn wordt verwacht. Aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek en de evaluatie van de pilot zal vervolgens worden besloten of de pilotregeling vastere vorm moet krijgen.

## Nauw verband met de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid houdt de wijze waarop zaken aan een rechter worden toegedeeld

Volgens artikel 39 lid 1 Rv wordt een wrakingsverzoek behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter die wordt gewraakt, geen zitting heeft. Deze regel strekt ertoe dat een beslissing op het wrakingsverzoek wordt verkregen die voor alle betrokkenen uit procedureel oogpunt geen twijfels oproept. In twee samenhangende zaken die leiden tot HR 18 december 2015<sup>25</sup> besluit het

8. Zie 'Den Haag aast op commerciële arbitrage', *Mr.* 2016/9, p. 113-119; zie ook het *Financieele Dagblad* 18 maart 2016.

9. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-2013-92.html>. Gepubliceerd in *Trb.* 2013, 92.

10. Zie EU-Verordening 1257/2012.

11. ECLI:NL:HR:2016:662, *RvdW* 2016/517 (*Muetstege/Gemeente Amsterdam*).

12. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, *NJ* 2015/181 (*X/De Staat*), m.nt. W.D.H. Asser; zie ook de Kroniek burgerlijk procesrecht in *NJB* 2015/1779, afl. 35, p. 2443.

13. ECLI:NL:HR:2016:1290, *NJ* 2016/303.

14. Zie o.a. Hof van Discipline 11 juli 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:137.

15. Zie o.a. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1510, *RvdW* 2016/830.

16. ECLI:NL:HR:2016:297, *NJ* 2016/139 (*Crescendo/X*).

17. ECLI:NL:HR:2013:2051, *NJ* 2014/151

(*Glencore/Van Leeuwen*), m.nt. F.M.J. Verstijlen; tevens besproken in de Kroniek burgerlijk procesrecht in *NJB* 2014/1829, afl. 35, p. 2459. In zijn Conclusie voor dit arrest (zie par. 6.4) stelde A-G mr. A. Hammerstein zich op het standpunt dat artikel 6 EVRM en artikel 19 Rv niet van toepassing zijn op (het geven van) een beschikking ex artikel 58 Fw.

18. ECLI:NL:HR:2016:155, *NJ* 2016/93 (*K./Jude Trade*).

19. Procesreglement verzoekschriftprocedure handels- en insolventiezaken gerechtshoven, zesde versie, juli 2015.

20. Zie o.a. [www.advocatenblad.nl/?p=89702](http://www.advocatenblad.nl/?p=89702).

21. HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2020, *NJ* 2012/201 (*Atrecht Holding/de bank*).

22. HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:607, *NJ* 2016/220.

23. Zie de brief met antwoorden van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 13 mei 2016, te vinden op [www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/05/](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/05/)

13/antwoorden-kamervragen-over-het-griffierecht-voor-onvermogenen-en-het-recht-op-toegang-tot-het-recht.

24. Afgelopen kroniekjaar zijn volgens rechtspraak.nl in het kader van de pilot veertien wrakingsverzoeken behandeld, waarvan er drie zijn toegewezen:

ECLI:NL:GHAMS:2016:120,

ECLI:NL:GHAMS:2016:121,

ECLI:NL:GHDHA:2015:2863.

25. ECLI:NL:HR:2015:3629, *RvdW* 2016/116 en ECLI:NL:HR:2015:3633, *NJ* 2016/35 (*Tempelaar/Stichting Jeugdbescherming*).

hof – in een samenstelling waarvan de gewraakte raadsheer deel uitmaakt – om een wrakingsverzoek niet te behandelen omdat het verzoek niet is ondertekend door een advocaat. Vervolgens doet het hof uitspraak in hoger beroep. Met een geslaagd beroep op doorbreking van het rechtsmiddelenverbod (volgens artikel 39 lid 5 Rv staat tegen een beslissing op een wrakingsverzoek geen hogere voorziening open) oordeelt de Hoge Raad dat het hof artikel 39 lid 1 Rv niet buiten toepassing had mogen laten op de grond dat het wrakingsverzoek niet was ondertekend door een advocaat, maar aan de indiener van het verzoek gelegenheid had moeten geven om het verzuim te herstellen (vergelijk artikel 281 en 362 Rv).

### Dat rechters soms de neiging niet kunnen bedwingen de feitelijke grondslag aan te vullen, blijkt ook uit HR 30 oktober 2015

Nauw verband met de rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid houdt de wijze waarop zaken aan een rechter worden toegedeeld. Die zaakstoedeling is in Nederland, anders dan in veel andere landen, niet in de wet vastgelegd. Bestuursreglementen geven wel aan met welke factoren bij de toedeling rekening kan worden gehouden, maar transparante en navolgbare regels volgen daar niet uit.<sup>26</sup> Dat is – getuige onder andere het stof dat de selectie van de rechters in de zaak *Wilders* heeft doen opwaaien – onwenselijk. De minister heeft in antwoord op Kamervragen inmiddels aangegeven dat in het kader van de KEI-wetgeving ook gekeken wordt naar de landelijke uniformering en regulering van zaakstoedeling.<sup>27</sup>

#### Waarheidsplicht

HR 29 januari 2016<sup>28</sup> laat maar weer eens zien hoe ver de waarheidsplicht van artikel 21 Rv reikt. Volgens het hof heeft de man in het kader van zijn verzoek om nihilstelling van de alimentatie onvoldoende inzicht gegeven in zijn financiële positie. Daaraan verbindt het hof de conclusie dat de man in staat moet worden geacht zich een zodanig inkomen te verwerven dat hij aan zijn alimentatieverplichting kan voldoen. Waar de A-G nog meent dat de cassatieklachten van de man gegrond zijn, is de Hoge Raad onverbiddelijk: als de onderhoudsplichtige in het kader van zijn verzoek om nihilstelling van de alimentatie niet voldoet aan de verplichting van artikel 21 Rv tot een juiste en volledige voorlichting van de wederpartij, staat het de rechter vrij daaraan de gevolgtrekkingen te verbinden die hij geraden acht. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak<sup>29</sup> overweegt de Hoge Raad dat de vraag of partijen aan hun waarheidsplicht hebben voldaan, een feitelijke beslissing is die in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht.

### Procederen in eerste aanleg

#### Algemeen

Versnelling van procedures, regie- dan wel instructierechters, het wordt natuurlijk prachtig geformuleerd in de plannen van KEI, maar alles valt of staat met de uitvoering en dan uiteraard met name in niet-standaard zaken die zulks bij uitstek vergen. En daar schort het vandaag de dag nog wel eens aan. Er zijn zeker procedures waarin rechters duidelijk de touwtjes in handen nemen en ook niet schromen om gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen. Wij zien en horen echter veel vaker van zaken waarin de gevraagde of benodigde regie ontbreekt en moderne audiovisuele middelen al helemaal niet ter sprake komen. Daar zal de komende jaren dus sterk verandering in moeten komen. Tot jurisprudentie leidt dit alles vooralsnog niet. Partijen moeten het doen met de beslissingen die (rol)rechters nemen.

In HR 24 juni 2016<sup>30</sup> gaat het hof in de fout door vorderingen af te wijzen op grond van feiten en omstandigheden die door de gedaagde niet aan haar verweer ten grondslag waren gelegd. Dat is in strijd met artikel 24 Rv. De rechter mag zijn beslissing niet baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen. Dat rechters soms de neiging niet kunnen bedwingen de feitelijke grondslag aan te vullen, blijkt ook uit HR 30 oktober 2015,<sup>31</sup> waarin het hof in strijd met artikel 24 Rv de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking toewijst, terwijl uitsluitend nakoming van de gestelde overeenkomsten was gevorderd. Ook in HR 15 april 2016<sup>32</sup> vult het hof in strijd met artikel 24 Rv de gronden van het verweer aan door het beroep van de man op verjaring af te wijzen op de grond dat de verjaring is gestuit, terwijl de vrouw geen beroep op stuiting heeft gedaan. Het hof treedt ook buiten de door artikel 24 Rv en artikel 149 Rv afgebakende grenzen van de rechtsstrijd als het een eensluitend uitgangspunt van partijen over het moment waarop de verjaringstermijn is gaan lopen (namelijk met een aansprakelijkstelling van 19 mei 2003), niet (kenbaar) in zijn oordeelsvorming betreft.<sup>33</sup>

#### Buitenlandse stukken

Mogelijk geïnspireerd door de plannen voor de NCC en (vreemd genoeg niet expliciet) terugkomend van eerdere jurisprudentie<sup>34</sup> heeft de Hoge Raad<sup>35</sup> inmiddels toegeestaan dat producties in het Engels, Duits of Frans in beginsel geen vertaling behoeven. De rechter kan wel een vertaling verlangen wanneer hij dat, al dan niet met oog op het belang van de wederpartij, nodig oordeelt. Producties in andere talen moeten in beginsel wel worden vertaald. Voor de praktijk is dit een nuttige en bepaald bij Nederland passende versoepeling van de spelregels.

#### Procespartijen en deformalisering

Wat wel tot jurisprudentie blijft leiden, is de problematiek rond procespartijen. De laatste jaren is duidelijk de tendens dat fouten in de oproeping van een partij in het

## Leg dat als advocaat maar eens uit aan de ruziënde erfgenamen

geding niet fataal zijn, zolang de wederpartij daardoor niet onredelijk wordt benadeeld. Anders dan de A-G oordeelt de Hoge Raad in HR 24 juni 2016<sup>36</sup> dat de omstandigheid dat in cassatie de bewindvoerder niet mede is gedagvaard (wat had moeten omdat op de betrokken procespartij hangende het hoger beroep de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard), in dit geval niet tot niet-ontvankelijkheid leidt. Eiseres mag de bewindvoerder op grond van artikel 118 Rv alsnog oproepen. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat een kantoorbetekening op de voet van artikel 63 Rv ook mogelijk is bij het oproepen van curatoren en bewindvoerders in de zin van artikel 52 Rv.

Een onjuiste naamsvermelding van de requirant in een dagvaardingsexploot kan vóór de roldatum worden hersteld op de voet van artikel 120 lid 2 Rv, zo blijkt uit HR 15 april 2016.<sup>37</sup> Hoewel het onjuist of onvolledig vermelden van de naam van requirant in het exploot een gebrek is dat de geldigheid van het exploot niet aantast, is een dergelijk exploot vatbaar voor herstel bij exploot, uitgebracht voor de roldatum. Voor de toepassing van artikel 120 lid 2 Rv moet de onjuiste of onvolledige vermelding van de naam van requirant op één lijn worden gesteld met het geheel ontbreken van de naam van requirant in het exploot. Een en ander laat onverlet dat ook na aanbrengen herstel van de naamsvermelding nog kan plaatsvinden.<sup>38</sup>

In HR 22 april 2016<sup>39</sup> gaat het mis in een procedure waarin de toekomstig erflater procedeeert tegen een van de toekomstig erfgenamen en vervolgens komt te overlijden, waarna de erfenis beneficiair wordt aanvaard en de overige erfgenamen de positie van de erflater in de procedure willen overnemen. Het hof meent zowel het principiële beroep van de ene erfgenaam als het incidentele beroep van de overige erfgenamen niet-ontvankelijk te moeten verklaren op basis van de – weinig praktische – overweging dat de erfgenamen gezamenlijk vereffenaar zijn, zodat beroep dient te worden ingesteld tegen en door de gezamenlijke vereffenaars (leg dat als advocaat maar eens uit aan de ruziënde erfgenamen). De Hoge Raad maakt daar gelukkig korte metten mee. Het voorgaande moge zo zijn, maar nu alle erfgenamen in beroep partij zijn, heeft het werkelijk geen zin dat die ene toekomstige

erfgenaam ook zichzelf als mede-vereffenaar in beroep moet betrekken.

In HR 4 september 2015<sup>40</sup> moet de Hoge Raad eraan te pas komen om duidelijkheid te verschaffen over de vraag of eiser wel of niet uit hoofde van lastgeving op eigen naam maar voor rekening van de faillissementsboedel kon procederen. Het behoeft geen toelichting dat dit soort onduidelijkheid en daarop volgende procedures met bewijslevering en al, zo veel als mogelijk op voorhand moet worden voorkomen.

### Griffierecht en proceskosten

Perikelen rond de niet-tijdige betaling van griffierecht doen zich nog steeds voor. In HR 18 december 2015<sup>41</sup> oordeelt de Hoge Raad dat op grond van artikel 127a Rv geen ontslag van instantie kan worden verleend wegens te late betaling van griffierecht als de rechter al een aanvang heeft gemaakt met de inhoudelijke behandeling van de zaak nadat de betalingstermijn is verstreken zonder dat het griffierecht is voldaan. Artikel 127a Rv dient ertoe om direct bij aanvang van een procedure door de rechter vast te laten stellen of eiser/appellant het griffierecht tijdig heeft voldaan, en zo nee, of hij een geslaagd beroep op de hardheidsclausule heeft gedaan dan wel ontslag van instantie moet worden verleend. Hiermee moet worden voorkomen dat nodeloze proceshandelingen worden vericht. De rechter moet de zaak daarom aanhouden zolang het griffierecht niet is voldaan, totdat de betalingstermijn voor het voldoen van het griffierecht verlopen is. Er kan binnen de betalingstermijn met de behandeling van de zaak worden begonnen indien een aanhouding gelet op de belangen van een of meer partijen tot een onbillijkheid van overwegende aard zou leiden. Na het verstrijken van de betalingstermijn is inhoudelijke behandeling van de zaak echter enkel mogelijk indien een beroep op de hardheidsclausule wordt gehonoreerd. Dit betekent dat het hof ten onrechte ontslag van instantie heeft verleend, omdat de comparitie na aanbrengen doorgang heeft gevonden terwijl op dat moment de termijn voor betaling van het griffierecht al was verstreken en het griffierecht niet tijdig was voldaan. Overigens is in dit geval het cassatieberoep ontvankelijk omdat een beroep op een doorbrekingsgrond is gedaan.<sup>42</sup> Dat is anders in HR 22 januari 2016,<sup>43</sup> waarin de Hoge Raad oordeelt dat de sanctie van artikel 127a lid 2 Rv (ontslag van instantie) uitsluitend is gegeven om tijdige betaling af te dwingen. Die sanctie strekt niet ter bescherming van de gedaagde/geïntimeerde. Daarom komt hem geen rechtsmiddel toe, ook niet

26. Zie Van Emmerik & Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaaktoedeling gewenst', *NJB* 2016/593, p. 795-799.

27. Brief van 22 april 2016, Antwoorden Kamervragen van het lid M. van Nispen (SP) aan de Minister van Veiligheid en Justitie over de mogelijkheden de transparantie te vergroten bij rechterlijke zaaktoedeling (ingezonden 4 april 2016, nr. 2016Z06759).

28. ECLI:NL:HR:2016:154, *NJ* 2016/92.

29. HR 25 maart 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BO9675, *NJ* 2012/627,

m.nt. H.J. Snijders; zie ook *Kroniek burgerlijk procesrecht*, *NJB* 2011/1753, afl. 34, p. 2289-2290.

30. ECLI:NL:HR:2016:1283, *RvdW*

2016/752 (*X/Countus Accountants*).

31. ECLI:NL:HR:2015:3195, *NJ* 2015/1955 (*Muradin/Aannemingsbedrijf Waaijer*).

32. ECLI:NL:HR:2016:663, *NJ* 2016/222.

33. HR 12 februari 2016,

ECLI:NL:HR:2016:234, *RvdW* 2016/280

(*X/De Vries q.q.*)

34. HR 28 september 2012,

ECLI:NL:HR:2012:BW7473, *RvdW*

2012/1167.

35. HR 15 januari 2016,

ECLI:NL:HR:2016:65, *RvdW* 2016/143.

36. ECLI:NL:HR:2016:1311, *RvdW*

2016/748.

37. ECLI:NL:HR:2016:668, *NJ* 2016/223

(*Getronics/TOP Mehrwert-Logistik*).

38. Conform HR 13 december 2013,

ECLI:NL:HR:2013:1881, *NJ* 2015/307

(*Montis/X*).

39. ECLI:NL:HR:2016:721, *RvdW*

2016/547.

40. ECLI:NL:HR:2015:2462, *RvdW*

2015/942 (*X/CAV*)

41. ECLI:NL:HR:2015:3630, *NJ* 2016/33

(*Visser c.s./Stichting De Alliantie*).

42. Op grond van artikel 127a lid 4 Rv staat

tegen beslissingen ingevolge het tweede en

derde lid van die bepaling geen hogere

voorziening open.

43. ECLI:NL:HR:2016:100, *NJ* 2016/67

(*Aerdenburgh Holding/Dhawtal c.s.*).

met een beroep op een doorbrekingsgrond.

In het kader van een prejudiciële vraag beslist de Hoge Raad dat voor de indiening van een verzoekschrift tot faillietverklaring van zowel een vof als haar vennoten slechts eenmaal griffierecht moet worden geheven.<sup>44</sup>

HR 29 januari 2016<sup>45</sup> bevestigt nog weer eens dat de artikelen 237-240 Rv een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevatten van de kosten waarin de in het ongelijk gestelde partij kan worden veroordeeld. Die regeling derogeert op grond van artikel 241 Rv jo. 6:96 lid 3 BW aan artikel 6:96 lid 2 BW en aan het beginsel van volledige schadevergoeding.<sup>46</sup>

Volgens HR 11 maart 2016<sup>47</sup> bestaat voor een veroordeling in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv geen grond, omdat de grondslag van het oordeel van het hof is gelegen in wanprestatie en niet in een recht van intellectuele eigendom. Dat wordt niet anders doordat partijen zich over en weer hebben beroepen op argumenten ontleend aan rechten van intellectuele eigendom.

Artikel 1019h Rv kan wel van toepassing zijn in procedures ex artikel 6 Handelsnaamwet (Hnw), als het in zo'n procedure gedane verzoek is gegrond op artikel 5 of 5a Hnw. In dat geval is in wezen sprake van een procedure waarin bescherming wordt verzocht tegen inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht dat wordt ontleend aan het voeren van een handelsnaam, zodat artikel 1019h Rv kan worden toegepast. Wat betreft compensatie van proceskosten indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk worden gesteld, beoogt artikel 1019h Rv niet af te wijken van artikel 237 Rv. Voor compensatie van proceskosten is dan ook geen plaats als in appel een grief gegrond wordt bevonden maar de bestreden uitspraak op andere gronden wordt bekrachtigd, omdat de appellant in dat geval geheel in het ongelijk wordt gesteld.<sup>48</sup>

### Incidenten en vervolgprocedures

In HR 19 februari 2016 gaat het over de regeling inzake zekerheidstelling voor de proceskosten door buitenlandse partijen.<sup>49</sup> De curator heeft in hoger beroep een dergelijke zekerheidstelling verkregen van twee (feitelijk) in de Verenigde Arabische Emiraten gevestigde vennootschappen, dit om te voorkomen dat hij na winst van de procedure zelfs naar de proceskostenveroordeling kan fluiten. De Hoge Raad haalt hier een streep door omdat beide vennootschappen statutair in Nederland gevestigd waren. Juridisch valt daar helaas niets tegen in te brengen. Wel zou de wetgever nog eens kritisch moeten kijken naar ons systeem van kostenveroordelingen.<sup>50</sup> Het komt te vaak voor dat procespartijen vrolijk blijven doorprocederen zonder dat zij nadien ook hun verplichting tot betaling van de proceskosten nakomen. Met name in toevoegingszaken schijnt dit met de regelmaat van de klok te gebeuren. Natuurlijk is toegang tot de rechter een groot goed. Maar in geval van doorprocederen na verlies, zou er toch ook wel enige aandacht mogen zijn voor het belang van de wederpartij om niet met meerdere onverhaalbare proceskostenveroordelingen te blijven zitten.

HR 19 februari 2016<sup>51</sup> betreft de verhouding tussen hoofdprocedure en vrijwaringsprocedure. Wanneer (doorgaans) gedaagde (maar een enkele keer ook eiser) in een procedure meent dat mocht hij die procedure verliezen, een derde hem voor de gevolgen zou moeten vrijwaren,

dan kan hij via een incident toestemming krijgen om parallel een vrijwaringsprocedure te voeren tegen die derde. Dan past uiteraard niet om de vordering in vrijwaring al af te wijzen wanneer de hoofdzaak nog loopt, aldus terecht de Hoge Raad.

### Bewijs

Het ten onrechte passeren van bewijsaanbiedingen in hoger beroep noodzaakt de Hoge Raad ertoe met enige regelmaat zijn vaste rechtspraak te herhalen:<sup>52</sup> als uitgangspunt moet een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs worden toegelaten als voldoende specifiek bewijs wordt aangeboden van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. In hoger beroep moet een partij in beginsel voldoende concreet aangeven op welke van haar stellingen het bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou kunnen afleggen. Wát getuigen kunnen verklaren, hoeft daarbij niet te worden aangegeven. Als al getuigen zijn gehoord of schriftelijke getuigenverklaringen zijn overgelegd, kan de eis worden gesteld dat nader wordt aangegeven in hoeverre getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. Een bewijsaanbod passeren op grond van zijn waardering van de reeds af- of overgelegde verklaringen mag de rechter echter niet. Dat is in strijd met het prognoseverbod.

In dit licht mag niet de eis worden gesteld dat bij het bewijsaanbod wordt toegelicht in welk opzicht de verklaringen van nog niet eerder gehoorde getuigen afbreuk zouden kunnen doen aan eerder afgelegde verklaringen door andere getuigen.<sup>53</sup> Ook mag het hof niet eisen dat een partij 'zeer concreet en nauwkeurig' toelicht wat eventuele nog niet eerder gehoorde getuigen over de te bewijzen feiten kunnen verklaren,<sup>54</sup> of dat wordt vermeld wat getuigen zouden kunnen verklaren met betrekking tot een bepaalde stelling.<sup>55</sup> De omstandigheid dat de te horen getuigen niet rechtstreeks bij de onderhandelingen betrokken zijn geweest, betekent niet zonder meer dat het bewijsaanbod niet ter zake dienend is.<sup>56</sup>

## Het komt te vaak voor dat procespartijen vrolijk blijven doorprocederen zonder dat zij nadien ook hun verplichting tot betaling van de proceskosten nakomen

Aan een concreet en ter zake dienend bewijsaanbod mag het hof dus niet voorbijgaan, ook niet als dat bewijsaanbod in eerste aanleg is gedaan en in het kader van een grief tegen het passeren van dat bewijsaanbod slechts wordt verwezen naar de in eerste aanleg op dat bewijsaanbod gegeven toelichting.<sup>57</sup>

In HR 24 juni 2016<sup>58</sup> lijkt het hof een bewijsaanbod simpelweg over het hoofd te hebben gezien. Het hof overweegt dat ten aanzien van een bepaalde stelling geen bewijsaanbod voorligt, maar van die stelling is duidelijk wel bewijs aangeboden.

Een authentieke akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring (artikel 157 lid 2 Rv). Tegen dit dwingend bewijs staat tegenbewijs open (artikel 151 lid 2 Rv), dat in beginsel door alle middelen kan worden geleverd (artikel 152 lid 1 Rv). Het bewijsaanbod dat de verklaring in een notariële akte voor de levering van aandelen niet overeenstemt met de werkelijkheid, mag het hof niet passeren op de grond dat de desbetreffende partij niet te bewijzen heeft aangeboden dat zij bij de notaris anders heeft verklaard dan in de notariële akte als haar verklaring is opgenomen. Volgens de Hoge Raad is de mogelijkheid om het bedoelde tegenbewijs te leveren niet beperkt tot de stelling dat anders is verklaard dan in de akte is opgenomen, maar kan dat tegenbewijs ook betrekking hebben op de stelling dat niet waar is wat de desbetreffende partij volgens de akte heeft verklaard.<sup>59</sup>

Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv dient de partij die zich ter vernietiging van een overeenkomst op wederzijdse dwaling (artikel 6:228 lid 1 sub c BW) beroept, te stellen en eventueel te bewijzen dat is voldaan aan de vereisten dat de overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, en dat de wederpartij van dezelfde onjuiste veronderstelling is uitgegaan als de dwalende. Het is aan de wederpartij om te stellen en bij voldoende betwisting aannemelijk te maken dat zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor de overeenkomst niet zou sluiten.<sup>60</sup>

Tegen de beslissing waarbij een voorlopig getuigenverhoor is bevolen, staat op grond van artikel 188 lid 2 Rv geen rechtsmiddel open. Dat geldt ook voor de beslissing tot heropening van een voorlopig getuigenverhoor. Daarbij is niet relevant of heropening van het getuigenverhoor wordt verzocht voor het horen van in Nederland dan wel

in het buitenland woonachtige getuigen.<sup>61</sup>

In de rechtspraak wordt al enige tijd gediscussieerd over de wenselijkheid van een modernisering van het bewijsrecht in civiele procedures.<sup>62</sup> Overwogen is om de modernisering van het bewijsrecht mee te nemen in het programma KEI, maar besloten is om dit niet te doen, omdat de discussie over de modernisering van het bewijsrecht de besluitvorming rond KEI te veel zou kunnen vertragen. In 2014 is een commissie ingesteld om de minister te adviseren over de wenselijkheid van aanpassing van het bewijsrecht.<sup>63</sup> Het wachten is op de eerste adviezen van deze Commissie, die binnenkort worden verwacht.<sup>64</sup>

## Het wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht is in de ijskast gezet. Daarmee staat de rechtspraak op dit terrein echter niet stil

In afwachting van onder andere de advisering van deze Commissie is het wetsvoorstel tot aanpassing van het inzagerecht<sup>65</sup> in de ijskast gezet. Daarmee staat de rechtspraak op dit terrein echter niet stil. Volgens HR 13 november 2015<sup>66</sup> is aan het vereiste van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in artikel 1019a Rv jo. artikel 843a Rv (in geval van betwisting) niet reeds voldaan indien (dreigende) inbreuk op een recht van intellectuele eigendom onderbouwd is gesteld. Degene die exhibitie van bewijsmateriaal verlangt, moet zodanige feiten en omstandigheden stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt. De vraag wat voldoende aannemelijk is, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigende) inbreuk gebaseerde vordering, hoeft echter niet te zijn voldaan.

44. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1515, RvdW 2016/812 (mr. Bierens/griffier Rechtbank Rotterdam).

45. ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167, m.nt. S.D. Lindenbergh.

46. Zie ook HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380 (X/Rabobank), m.nt. van H.B. Krans

47. ECLI:NL:HR:2016:390, NJ 2016/174 (Ryanair/PR Aviation).

48. HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, NJ 2016/16 (Maatschap Lammers Molkenboer Roosendaal Advocaten/Liebrand Ruijs Advocaten).

49. ECLI:NL:HR:2016:298. (Sypsteyn/mr. Dekker qq). Zie ook HR 6 november 2011, ECLI:NL:HR:2015:3240 voor de identieke

beslissing in een eerder incident in deze zaak.

50. In onze kroniek van 2014 braken wij daar ook al eens een lans voor (NJB 2014/1829, afl. 35, p. 2460 r.k.).

51. ECLI:NL:HR:2016:270, RvdW 2016/311.

52. Zie met verwijzing naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270, o.a. HR 9 oktober 2015,

ECLI:NL:HR:2015:3009, NJ 2015/426 (De Vreugd/Van Hemert Beheer), r.o. 3.5; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49, RvdW 2016/147, r.o. 3.4.1; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65, RvdW 2016/143 (Kublik/Brandenberg), r.o. 3.6.2. 53. HR 9 oktober 2015,

ECLI:NL:HR:2015:3009, NJ 2015/426 (De Vreugd/Van Hemert Beheer).

54. HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49, RvdW 2016/147.

55. HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65, RvdW 2016/143 (Kublik/Brandenberg), r.o. 3.6.1-3.6.3.

56. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3009, NJ 2015/426 (De Vreugd/Van Hemert Beheer).

57. HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047.

58. ECLI:NL:HR:2016:1283, RvdW 2016/752 (X/Countus Accountants).

59. HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:848, NJ 2016/256 (Benu Nederland/Pelzers Holding c.s.).

60. HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1136, NJ 2016/299.

61. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344, RvdW 2016/361 (Lidl/Achmea).

62. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34138, 6, p. 11.

63. De Commissie bestaat uit mr. A. Hammerstein (voorzitter), prof. mr. W.D.H. Asser en mr. R.H. de Bock.

64. Zie 'Kroniek Bewijsrecht', TCR 2016/2, p. 55.

65. Wetsvoorstel 33079.

66. ECLI:NL:HR:2015:3304, RvdW 2015/1229 (Anti-Infringement Bureau for Intellectual Property Rights on Plant Material/Novisem).



Voor de faillissementsrechtelijke praktijk valt te wijzen op HR 8 april 2016<sup>67</sup> waarin een schuldeiser van een failliet verklaarde vennootschap in kort geding vordert dat de curator op de voet van artikel 3:15j aanhef en onder d BW wordt veroordeeld tot openlegging van de boeken. De vordering strekt ertoe de aansprakelijkstelling van de bestuurders van de failliete vennootschap nader te onderbouwen. De Hoge Raad oordeelt dat van een rechtstreeks en voldoende belang als bedoeld in artikel 3:15j, aanhef en onder d BW sprake is als de schuldeiser inzage in de boekhouding van de failliet verlangt om zijn rechtsbetrekking met de failliet (nader) te doen vaststellen, maar niet, zoals in het onderhavige geval, als die inzage wordt verlangd met het oog op een mogelijk in te stellen vordering tegen een derde, zoals de voormalige beleidsbepaler van een failliete vennootschap. In dat geval staat voor een schuldeiser de weg open van een vordering tegen de curator op grond van artikel 843a Rv.

### Kort geding

Het kort geding is een van de parels van ons procesrecht waar de rechtspraktijk al decennia lang met grote tevredenheid gebruik van maakt. Onderwerpen waar de Hoge Raad zich over moet uitlaten, doen zich gelukkig niet of nauwelijks voor. In deze verslagperiode was dat in een tweetal zaken anders.

In HR 15 april 2016<sup>68</sup> herhaalt de Hoge Raad zijn eerdere jurisprudentie dat de enkele kostenveroordeling in eerste aanleg al een voldoende belang oplevert bij het instellen van hoger beroep. Daaraan voegt hij nu toe dat in kort geding de eis van spoedeisend belang dan geen rol speelt. Het blijft spijtig dat de Hoge Raad een eerdere oproep van A-G Wesseling-van Gent om hier de koers te wijzigen, destijds niet heeft gevolgd. Hier worden de hoven toch met procedures geconfronteerd, ook al zullen het er niet veel zijn, waar niemand echt op zit te wachten.

## Wij blijven in deze kroniek ons pleidooi voor een vereenvoudiging van het appelprocesrecht herhalen

HR 3 juni 2016<sup>69</sup> beantwoordt prejudiciële vragen die onder andere zien op de gevolgen van intrekking van een kort geding voorafgaand aan de zitting. De Hoge Raad maakt van de gelegenheid gebruik om in algemene zin uit te leggen welke afwijkende regels zoal in kort geding gelden. Zo is het kort geding niet zozeer aanhangig vanaf datum dagvaarding, maar veeleer vanaf de eerdere mededeling van de datum van de zitting aan gedaagde. Wanneer eiser het kort geding nadien intrekt, vervalt daarmee in beginsel de aanhangigheid van het kort geding. Gedaagde kan dat echter voorkomen wanneer hij een beslissing over de proceskosten wil uitlokken (het kan namelijk zijn dat de voorbereiding van de verdediging al

geheel of gedeeltelijk had plaatsgevonden). De Hoge Raad trekt op dit punt dus, met terzijdeschuiving van artikel 9.1 Procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie, de lijn van de bodemprocedure door.<sup>70</sup> In dat licht mag worden aangenomen dat gedaagde ondanks intrekking van het kort geding door eiser ook de mogelijkheid heeft om alsnog een eis in reconventie in te stellen.

### Rechtsmiddelen

#### Pilotreglementen

Ook in deze verslagperiode moest de Hoge Raad weer ingrijpen in zaken die in hoger beroep voortijdig waren geëindigd vanwege strikte handhaving van termijnen in pilotreglementen door de hoven. Het zonder peremptoirstelling of voorafgaande waarschuwing ambtshalve verlenen van akte niet-dienen voor grieven acht de Hoge Raad, gelet op de vergaande consequenties daarvan, niet aanvaardbaar. De goede procesorde brengt mee dat – zo nodig ambtshalve<sup>71</sup> – een (korte) termijn van veertien dagen moet worden verleend om het verzuim te herstellen.<sup>72</sup> Het direct ambtshalve verlenen van akte niet-dienen bij onttrekking van de advocaat, is in strijd met het pilotreglement en dus niet toelaatbaar.<sup>73</sup> Ook mag het hof processtukken die per fax zijn ingediend, niet buiten beschouwing laten.<sup>74</sup>

#### Hoger beroep

De KEI-wetgeving brengt geen wijziging in het bestaande grievensysteem en de devolutieve werking van het hoger beroep, omdat de discussie daarover – net als bij het bewijsrecht – onvoldoende is uitgekristalliseerd.<sup>75</sup> Wij blijven in deze kroniek echter ons pleidooi voor een vereenvoudiging van het appelprocesrecht herhalen.<sup>76</sup> Het appelprocesrecht hangt inmiddels aan elkaar van in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regels en uitzonderingen waarvan de achtergrond in theorie goed te begrijpen valt, maar die zich – getuige het aantal vernietigingen van hofuitspraken door de Hoge Raad – voor de gemiddelde advocaat of appelrechter bepaald niet steeds gemakkelijk laten toepassen.

Dat het appelprocesrecht te ingewikkeld is geworden, illustreert HR 2 oktober 2015.<sup>77</sup> Daarin gaat het over de vraag of appel tegen eindbeslissingen die ten grondslag liggen aan een beslissing in het dictum van een deelvonnis, nog openstaat nadat de termijn voor appel tegen dat deelvonnis is verstreken. De Hoge Raad lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden. Dat is enigszins verrassend, omdat de A-G tot een andere conclusie komt en de beslissing niet geheel in lijn lijkt met de veelbesproken uitspraak in *Fafanie/KSN*.<sup>78</sup> Het arrest maakt echter niet precies duidelijk hoe de Hoge Raad tot zijn oordeel is gekomen, dus het wachten is op een volgende zaak waarin de Hoge Raad de broodnodige verduidelijking kan geven.<sup>79</sup>

Ook de in artikel 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel en de uitzonderingen op deze 'in beginsel strakke regel' blijven aanleiding geven tot rechtspraak van de Hoge Raad. De tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven (dan wel, in geval van incidenteel appel, in de memorie van antwoord) worden aangevoerd. Deze regel

beperkt de bevoegdheid tot wijziging van eis in hoger beroep in die zin dat de eis niet later dan in de memorie van grieven (of van antwoord) mag worden gewijzigd.<sup>80</sup> Op deze 'in beginsel strakke regel' kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de nieuwe grief alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken of indien de aard van het geschil mee-

## Zo streng als de Hoge Raad toeziet op naleving van het grievenstelsel en de tweeconclusieregel, zo soepel is hij ten aanzien van de second opinionprocedure

brengt dat in een later stadium nog een grief kan worden aangevoerd. Deze uitzonderingen doen zich in HR 2 oktober 2015<sup>81</sup> echter niet voor, zodat het hof geen acht had mogen slaan op de gewijzigde stellingen. In HR 6 november 2015<sup>82</sup> heeft het hof juist de tweeconclusieregel te streng toegepast, door de na grieven en antwoord ingenomen stellingen over de schadebegroting als tardief te passeren, terwijl het hof pas bij tussenarrest heeft uitgenodigd materiaal aan te dragen voor een schadebegroting.

In HR 8 juli 2016<sup>83</sup> miskent het hof dat als grieven worden aangemerkt alle gronden die een appellandant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd, waarbij de eis geldt dat die gronden behoorlijk in het geding naar voren zijn gebracht en voor de rechter en de wederpartij voldoende kenbaar zijn. Het feit dat de bezwaren in het beroepschrift niet met zoveel woorden als 'grief' zijn aangeduid, staat dus niet eraan in de weg om de bezwaren als grief aan te merken (temeer

daar de wederpartij deze ook als zodanig had opgevat).

Uitgangspunt is nog steeds dat de appelrechter de zaak aan zich houdt en niet mag terugverwijzen naar de rechter in eerste aanleg. De Hoge Raad heeft in een beperkt aantal gevallen een uitzondering op dit terugverwijzingsverbod aanvaard.<sup>84</sup> HR 27 november 2015<sup>85</sup> bevestigt dat de Hoge Raad het terugverwijzingsverbod voor het overige strikt toepast: geen uitzondering geldt als de rechter in eerste aanleg door een niet-ontvankelijkverklaring in het geheel niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling. Het terugverwijzingsverbod gaat in dat geval dus ten koste van het beginsel dat een partij recht heeft op behandeling in twee feitelijke instanties. Met A-G Timmerman vragen wij ons af of dat een juiste uitkomst is.

Zo streng als de Hoge Raad toeziet op naleving van het grievenstelsel en de tweeconclusieregel, zo soepel is de Hoge Raad in HR 26 februari 2016<sup>86</sup> ten aanzien van de zogeheten second opinionprocedure, die bij wijze van experiment enige tijd van kracht was bij het Hof Den Haag. Met die second opinionprocedure vragen partijen het hof om een volledige herbeoordeling van het vonnis van de eerste rechter, zonder dat in hoger beroep stukken worden gewisseld, en dus zonder dat in hoger beroep grieven worden aangedragen (afgezien van de algemene grief dat de eerste rechter ten onrechte heeft beslist zoals hij heeft gedaan). Wij hebben ons in een vorige kroniek afgevraagd of de second opinionregeling wel te verenigen is met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het grievenstelsel.<sup>87</sup> A-G Spier beantwoordt die vraag in zijn conclusie ontkenkend:<sup>88</sup> de second opinionregeling is in strijd met de wet, omdat het wettelijk stelsel vergt dat appellandant grieven aanvoert tegen de bestreden beslissing. Die grieven hebben ook een functie, namelijk om de discussie in hoger beroep te beperken tot die punten waarover partijen daadwerkelijk van mening verschillen. Een veegrief volstaat daarbij niet. De second-opinionprocedure maakt procespartijen lui, en leidt ertoe dat het hof het huiswerk van partijen moet gaan doen. Daardoor verschuiven de problemen van hof naar Hoge Raad. Desalniettemin wijdt de Hoge Raad aan dit alles geen woord, afgezien van de overweging dat de omstandigheid dat een uitspraak van het hof tot stand is gekomen in de second opinionproce-

67. ECLI:NL:HR:2016:612, NJ 2016/221 (Schmitz q.q./Aerts Europa).

68. ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211 (Astellas/Synthon)

69. ECLI:NL:HR:2016:1087, RvdW 2016/699 (X/Gia c.s.)

70. HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1274, NJ 1994/606, m.nt. H.E. Ras.

71. Zie HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:606, NJ 2016/266 (X/PWC c.s.)

72. Zie, met verwijzing naar HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1064, NJ 2015/210: 1. HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:376, RvdW 2016, 367; 2. HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:359,

RvdW 2016/370 (Flawa/Philips);

3. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1459, RvdW 2016/823 (Orthocyl c.s./X).

73. HR 20 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:920, RvdW 2016/622 (X/Rabobank).

74. HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:453, RvdW 2016/413 (X/Webpoort), met verwijzing naar HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1078, NJ 2015/209. Zie ook HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296, NJ 2016/128: het Hof kan niet volstaan met te onderzoeken of een fax is uitgedraaid. Er moet worden gekeken naar de registratie van het tijdstip van ontvangst.

75. Kamerstukken II 2014/15, 34138, 3, p. 8.

76. Zie onze kroniek in NJB 2013/2111, afl. 35, p. 2407 en NJB 2015/1779, afl. 35, p. 2450.

77. ECLI:NL:HR:2015:2905, RvdW 2015/1051.

78. HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, NJ 2012/583 (X/KSN), m.nt. H.B. Krans.

79. Zie over de vragen die het arrest oproept o.a. de noot van G.C.C. Lewin in JBPR 2015/67.

80. Zie op dit punt HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:493, NJ 2016/297, m.nt. L.C.A. Verstappen.

81. ECLI:NL:HR:2015:2906, NJ 2015/414 (Littooij/Stadstoezicht Almelo).

82. ECLI:NL:HR:2015:3237, RvdW

2015/1206 (IBIS/X).

83. ECLI:NL:HR:1464, NJ 2016/327 (X/Stadig en Schreurs q.q.).

84. Te weten in het geval van ten onrechte onbevoegdverklaring of het ten onrechte verlenen van ontslag van instantie in eerste aanleg. Zie HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:96 en HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, NJ 2015/68.

85. ECLI:NL:HR:2015:3395, RvdW 2016/13.

86. ECLI:NL:HR:2016:339, RvdW 2016/334 (Fitness Carnisselande/Bouwonderneming Stout).

87. NJB 2013/2111, afl. 35, p. 2406.

88. Zie de Conclusie van A-G mr. J. Spier, 3.1-3-4, ECLI:NL:PHR:2015:2234.

dure, geen beletsel is voor de behandeling van een cassatieberoep. Daarbij geldt dat voor zover het hof zich heeft verenigd met de overwegingen van de rechtbank, in cassatie niet kan worden volstaan met verwijzing naar het arrest van het hof en de gedingstukken in hoger beroep, maar in de cassatieklachten zo nodig (ook) moet worden verwezen naar stellingen in de gedingstukken in eerste aanleg en naar overwegingen en beslissingen van de rechter in eerste aanleg. Dat de Hoge Raad zich over de toelaatbaarheid van de regeling als zodanig niet uitlaat, laat zich wellicht verklaren doordat de pilot inmiddels een stille dood is gestorven.

HR 25 maart 2016<sup>89</sup> laat zien dat een niet-ontvanke-lijkverklaring in hoger beroep wegens het ontbreken van grieven niet fataal hoeft te zijn als de appeltermijn nog niet is verstreken. Een tweede hoger beroep dat tijdig en op de juiste wijze is ingesteld, heeft zelfstandige betekenis en heeft alle rechtsgevolgen die de wet aan een regelmatig ingesteld hoger beroep verbindt. Dit is slechts anders als het instellen van het tweede hoger beroep in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de eisen van een goede procesorde of de behandeling daarvan niet te verenigen valt met een beslissing die inmiddels is gegeven in het eerder ingestelde hoger beroep.

In HR 26 februari 2016<sup>90</sup> neemt de Hoge Raad de gelegenheid te baat om zijn arrest uit 2013<sup>91</sup> over de ambtshalve toetsing van mogelijk oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten te verduidelijken. Daarin kwam de enigszins verwarrende overweging voor dat de rechter recht van openbare orde (waaronder Richtlijn 93/13/EEG) ook behoort toe te passen 'buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren'. De Hoge Raad licht toe dat het verschil tussen het begrip 'de grenzen van de rechtsstrijd' en 'het door de grieven ontsloten gebied' naar voren komt wanneer de appellant vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is. De als recht van openbare orde aan te merken regels van de Richtlijn vallen in dat geval buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel. De appelrechter moet dat recht van openbare orde dan ambtshalve toepassen. Dat de appelrechter de grenzen van de rechtsstrijd moet respecteren, betekent dat hij niet gehouden is tot ambtshalve toetsing als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vorde- ring in hoger beroep niet is opgekomen.

### Termijnen

Op de strikte handhaving van rechtsmiddeltermijnen kan slechts onder bijzondere omstandigheden een uitzondering worden gemaakt, zoals in het geval van apparaatsfouten.<sup>92</sup> In HR 22 april 2016<sup>93</sup> is daarvan sprake omdat verzoekster in eerste aanleg niet werd bijgestaan door een advocaat en niet is gebleken dat haar, in overeenstemming met het toepasselijke procesreglement, is medege- deeld wanneer zij telefonisch naar de uitspraak kon informeren. Interessant is dat in het proces-verbaal van de zitting staat dat wél is medegedeeld op welke datum de rechtbank uitspraak zou doen, en de rechtbank op die

datum ook daadwerkelijk uitspraak heeft gedaan. Verzoekster heeft betwist dat het proces-verbaal op dit punt juist is, maar hoe dan ook is dit onder de omstandigheden vol- gens de Hoge Raad niet voldoende. Het hof had moeten onderzoeken of de uitspraak als gevolg van een niet aan verzoekster toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de appeltermijn aan haar is toegezonden of verstrekt.

In verband met de aanvang van de verzettermijn is in HR 12 augustus 2016<sup>94</sup> de vraag aan de orde of een ver- stekvonnis is betekend aan de Ontvanger van de Belas- tingdienst 'in persoon', als het verstekvonnis is gelaten aan een receptioniste van het centrale belastingkantoor in Apeldoorn. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontken- nend: van betekening aan de ontvanger 'in persoon' als bedoeld in artikel 143 lid 2 Rv kan slechts sprake zijn

## De conclusie luidt dat de prejudiciële procedure in civiele zaken een 'onverdeeld succes' is gebleken

indien de deurwaarder afschrift van zijn exploit laat aan de daartoe aangewezen functionaris (of zijn waarnemer) persoonlijk. De strekking van artikel 143 lid 2 Rv verzet zich ertegen dat het achterlaten van het exploit aan een medewerker als een receptionist, wordt aangemerkt als betekening van het exploit aan de ontvanger 'in persoon', ook indien de ontvanger de desbetreffende persoon heeft gemachtigd om stukken in ontvangst te nemen.

Als een verzoekschrift tot cassatie niet is onderte- kend door een advocaat, kan dit gebrek binnen veertien dagen worden hersteld. Aan een mededeling van de griffie van de Hoge Raad met een langere hersteltermijn, kan geen vertrouwen worden ontleend.<sup>95</sup>

### Artikel 31 en 32 Rv

Het gezegde *quod licet Iovi, non licet bovi* gaat op voor HR 4 december 2015.<sup>96</sup> Het hof constateert na het wijzen van arrest dat een door appellanten genomen antwoordakte niet in het dossier zit en niet in de beoordeling is meege- nomen. Met instemming van partijen trekt het hof vervol- gens het arrest in, en wijst een nieuw arrest, met een vol- ledig andere uitkomst. Dat kan volgens de Hoge Raad niet. Buiten het toepassingsbereik van artikel 31 en 32 Rv kan de rechter niet zelf de rechtskracht van zijn uitspraak aan- tasten. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt mee dat die aantasting is voorbehouden aan de hogere rechter. Dat laatste zal de reden zijn dat de Hoge Raad in 2011 zelf wel een 'herstelbeschikking' meende te kunnen wijzen, nadat hij ten onrechte een Borgersbrief buiten beschouwing had gelaten.<sup>97</sup>

HR 10 juni 2016<sup>98</sup> bevestigt dat in geval van een materieel verkeerde beoordeling van de zaak geen sprake is van een kennelijke fout in de zin van artikel 31 Rv. Een dergelijke verkeerde beoordeling kan gezien het gesloten

stelsel van rechtsmiddelen alleen aan de orde worden gesteld door aanwending van een rechtsmiddel.

Ook de Hoge Raad verzuimt wel eens te beslissen op een onderdeel van het gevorderde. In HR 2 september 2016<sup>99</sup> behandelt de Hoge Raad de vordering alsnog en vult op de voet van artikel 32 Rv zijn arrest aan door de vordering alsnog af te wijzen. In HR 23 september 2016<sup>100</sup> herstelt de Hoge Raad op verzoek van verweerster de omissie om een proceskostenveroordeling uit te spreken ten laste van eiser tot cassatie.

### Cassatie

In maart 2016 verhuisde de Hoge Raad van het Lange Voorhout en de Kazernestraat naar een nieuw pand aan het Korte Voorhout. Ondertussen bereidt ook de Hoge Raad zich voor op de digitalisering van de procedure in cassatie.<sup>101</sup> Tot het zover is, is het niet mogelijk om bij de Hoge Raad processtukken per e-mail in te dienen. Dat kan alleen ter griffie, per post of per fax. Een per e-mail ingediend cassatierekest is niet-ontvankelijk.<sup>102</sup>

Het vervallen van de aantekening 'advocaat bij de Hoge Raad' brengt mee dat het geding in cassatie overeenkomstig artikel 226 Rv van rechtswege wordt geschorst. Het geding kan worden hervat doordat een van partijen met instemming van de andere partij een akte ter rolle neemt of doordat zij bij exploit verklaart dat het geding wordt hervat (artikel 418a jo. 228 Rv). Een en ander is van overeenkomstige toepassing in verzoekschriftprocedures.<sup>103</sup>

### Prejudiciële vragen

Volgens het jaarverslag is de Hoge Raad in 2015 verder gegaan langs de lijnen die hij in 2013 als strategie heeft uitgezet. Onderdeel daarvan is de beantwoording, binnen niet al te lange termijn, van rechtsvragen die in de praktijk vaak aan de orde komen. In juni 2016 is, vier jaar na de inwerkingtreding, een tussentijdse evaluatie verschenen van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.<sup>104</sup> De evaluatie is uitgevoerd door een groep onderzoekers van de Universiteit Utrecht in opdracht van het WODC en heeft mede tot doel te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is een soortgelijke regeling in strafzaken in te voe-

ren.<sup>105</sup> De conclusie luidt dat de prejudiciële procedure in civiele zaken een 'onverdeeld succes' is gebleken: dankzij de welwillendheid en snelheid waarmee de Hoge Raad de prejudiciële vragen behandelt,<sup>106</sup> lukt het om vroeg in de civiele procedure en op korte termijn antwoord te krijgen op prangende rechtsvragen. Toch zijn er ook punten van aandacht en verbetering. Zo wijzen de onderzoekers op de noodzaak 'te blijven waken voor een te grote toestroom van zaken' en pleiten zij voor (meer) transparantie in het kader van de prejudiciële procedure, onder andere door publicatie van de eventuele inbreng van derden over gestelde vragen op rechtspraak.nl.<sup>107</sup> Tot slot ligt het volgens de onderzoekers – en wij sluiten ons daar graag bij aan – in de rede om de kosten van de prejudiciële procedure niet enkel bij de procespartijen te laten rusten, aangezien de vroegtijdige beantwoording van rechtsvragen ook een publiek belang dient, waarvan de kosten niet voor rekening zouden moeten komen van de 'toevallige' procespartijen. Dat geldt wat ons betreft temeer daar ook derden zich in de procedure kunnen mengen door de Hoge Raad te verzoeken schriftelijke opmerkingen te mogen maken.

De rechtspraak in de kroniekperiode bevestigt het succes van de prejudiciële procedure: de Hoge Raad beantwoordde zestien prejudiciële vragen, zeven meer dan het jaar ervoor. De onderwerpen van de prejudiciële vragen zijn gevarieerd en bestrijken een aanzienlijk deel van het civiele recht. Wij stippen hier slechts een aantal procesrechtelijke aspecten aan.

In HR 16 oktober 2015<sup>108</sup> benadrukt de Hoge Raad het belang van de mogelijkheid voor partijen zich uit te laten over de te stellen prejudiciële vragen (artikel 392 lid 2 Rv), maar laat hij het verzuim van de kantonrechter om partijen daartoe in de gelegenheid te stellen, uiteindelijk zonder gevolgen.

In HR 3 juni 2016<sup>109</sup> maakt de Hoge Raad gebruik van de in artikel 393 lid 9 Rv vervatte mogelijkheid om een prejudiciële vraag te beantwoorden, hoewel het antwoord op die vraag niet meer nodig is om in de procedure te beslissen. De betrokken partijen hebben inmiddels een minnelijke regeling getroffen maar het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling is ermee gediend dat de gestelde vragen – over proceskostenveroordeling

89. ECLI:NL:HR:2016:505, NJ 2016/188 (Linskens/Pouw c.s.).

90. ECLI:NL:HR:2016:340, RvdW 2016/362 (X/Stichting Trudo).

91. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans.

92. Zie HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1307, RvdW 2016/762, r.o. 3.3.

93. ECLI:NL:HR:2016:727, NJ 2016/225.

94. ECLI:NL:HR:2016:1927, 1928, 1929, respectievelijk RvdW 2016/905, 909, 910 (X./Ontvanger).

95. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1462, RvdW 2016/825 (X/RSK c.s.).

96. ECLI:NL:HR:2015:3476, RvdW 2016/40.

97. Zie HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU5776, BU5778 en BU5786, respectievelijk RvdW 2011/1465, RvdW 2011/1464 en NJ 2011/554 r.o. 2.3, waar de Hoge Raad expliciet overweegt dat

'nu op dit punt geen rechtsmiddel tegen uitspraken van de Hoge Raad openstaat' moet worden onderzocht in hoeverre de uitspraak dient te worden ongedaan gemaakt en vervangen door een geheel of gedeeltelijk nieuwe uitspraak.

98. ECLI:NL:HR:2016:1167, NJ 2016/281 (X/Lückers q.q.).

99. ECLI:NL:HR:2016:2013, RvdW 2016/923 (X/Korpodeko).

100. ECLI:NL:HR:2016:2181.

101. Zie het jaarverslag 2015, p. 8.

102. Zie HR 18 december 2015,

ECLI:NL:HR:2015:3614, NJ 2016/36.

103. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1389 (X/ARC).

104. I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, WODC, juni 2016, te vinden op [www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2631-prejudicielevraag-in-de-strafrecht-procedure.aspx?cp=44&cs=6796#publicatiegegevens](http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2631-prejudicielevraag-in-de-strafrecht-procedure.aspx?cp=44&cs=6796#publicatiegegevens).

105. Sinds 1 januari 2016 kunnen ook in belastingzaken prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad.

106. De Hoge Raad streeft ernaar prejudiciële vragen binnen zes maanden te beantwoorden; zie het verslag van de Hoge Raad over 2015, p. 4 en p. 10, te vinden op

[www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Documents/HR%20jaarverslag%202015.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Documents/HR%20jaarverslag%202015.pdf).

107. Op de in 2015 vernieuwde website van de Hoge Raad is inmiddels een overzicht te vinden van de zaken waarin prejudiciële vragen aanhangig zijn, zie [www.hogeraad.nl/prejudicielevragen?Filter.Rechtsgebied=1](http://www.hogeraad.nl/prejudicielevragen?Filter.Rechtsgebied=1).

108. ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108 (Duinzig Woonservices/Tacq), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

109. ECLI:NL:HR:2016:1087, RvdW 2016/699 (Wieland Electric/Gia Systems).

# Nu dat beslag zich ook kan uitstrekken tot vermogensbestanddelen van de schuldenaar in andere landen, wordt ons conservatoir beslag een nog krachtiger wapen in de strijd tegen wanbetalers

bij intrekking van een kort geding – (deels) worden beantwoord. Dat dit niet altijd het geval is, blijkt uit HR 2 september 2016<sup>110</sup> over de vrije advocaatkeuze in het kader van de ontslagprocedure bij het UWV. De rechtbank heeft aangegeven dat er een algemeen belang bestaat bij beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag, maar de Hoge Raad ziet daar gezien de door partijen bereikte schikking geen aanleiding toe.

### Beslag- en executierecht

Per augustus 2016 is wederom een nieuwe versie van de beslagsyllabus tot stand gekomen.<sup>111</sup> Op dit punt geldt wat wij hiervoor ook over de rolreglementen hebben gezegd. Het zou de rust in de rechtspraak ten goede kunnen komen wanneer niet al te vaak wijzigingen worden doorgevoerd. Inhoudelijk zijn de wijzigingen in deze nieuwe versie overigens verre van ingrijpend.

Blijkens de vorige versie zou geïnventariseerd worden of het wenselijk is om landelijk de mogelijkheid van het 'grijsmaken' van beslagen in te voeren. 'Grijsmaking' houdt in dat de schuldenaar die een beslag verwacht en daarover wil worden gehoord, dat van te voren aan de rechter kenbaar maakt. De rechter is overigens ook dan niet verplicht de schuldenaar daadwerkelijk te horen; hij zal hopelijk wel acht slaan op hetgeen de schuldenaar in zijn verzoek tot 'grijsmaking' heeft aangevoerd. Wat de uitkomst van deze inventarisatie is, blijkt helaas niet uit deze nieuwe versie. Wel heeft de Rechtbank Amsterdam per 1 juni 2016 de (reeds jaren bestaande) 'grijze lijst' afgeschaft.<sup>112</sup> Laten we hopen dat dit is gedaan in de aanloop naar een landelijke invoering van de mogelijkheid tot 'grijs maken'. Het komt nog steeds voor dat schuldeisers misbruik maken van de mogelijkheid van (met name conservatoire) beslaglegging. Tegen deze achtergrond kan het zeker geen kwaad dat schuldenaren de mogelijkheid hebben om zich daar op voorhand tegen te verzetten, althans een poging daartoe te doen.

In het verlengde van de Europese Verordening op het conservatoir bankbeslag is inmiddels het wetsvoorstel voor de uitvoeringswetgeving ingediend.<sup>113</sup> Doel van de verordening is het vereenvoudigen van de inning van grensoverschrijdende vorderingen. Dat doel wil men bereiken door het mogelijk te maken om conservatoir beslag te leggen op een bankrekening in een andere lidstaat. Het wetsvoorstel, met een centrale rol voor de deurwaarder en de voorzieningenrechter, bevat verder geen verrassingen. Grote hamvraag blijft of banken in staat zullen zijn om met de vereiste 'bekwame spoed' rekeninginformatie op te hoesten. De huidige gang van zaken bij beslag onder banken in puur nationale kwesties voorspelt op dat punt nog weinig goeds. De regeling zou, met een kleine uitzondering, per 18 januari 2017 in werking moeten treden.

Een bijzondere aardige ontwikkeling die voortvloeit uit de zogeheten herschikte EEX-Verordening is dat de

Nederlandse voorzieningenrechter verlop kan verlenen voor conservatoire beslaglegging op vermogensbestanddelen in andere lidstaten,<sup>114</sup> op voorwaarde dat diens rechtbank bevoegd is om van het bodemgeschied kennis te nemen (in dat geval gelden de beperkingen van artikel 35 herschikte EEX-Verordening immers niet). Een dergelijke verlopbeschikking komt dan voor automatische erkenning en tenuitvoerlegging in die andere lidstaat in aanmerking (artikel 2a tweede alinea jo. artikel 36, 39 en 42 lid 2 herschikte EEX-Verordening). Bij het voorgaande dient bedacht te worden dat de gemiddelde buitenlander zich nog steeds verbaast over het relatieve gemak waarmee in Nederland conservatoir beslag kan worden gelegd.<sup>115</sup> Nu dat beslag zich ook kan uitstrekken tot vermogensbestanddelen van de schuldenaar in andere landen, wordt ons conservatoir beslag een nog krachtiger wapen in de strijd tegen wanbetalers. Keerzijde is dat het bij conservatoir beslag natuurlijk altijd nog maar afwachten is of de vordering van de beslaglegger in rechte ook geheel of gedeeltelijk gehonoreerd wordt. Zo niet, dan resteert de beslagene een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad.<sup>116</sup>

HR 13 november 2015<sup>117</sup> draait om een zaak waarin aandelen door een rechtspersoon in weerwil van een ten laste van haar daarop gelegd conservatoir beslag aan een derde worden overgedragen, waarna deze rechtspersoon-schuldenaar als gevolg van faillietverklaring en beëindiging daarvan ophoudt te bestaan. Het zal duidelijk zijn dat de beslaglegger daar niet de dupe van mag worden. Vraag is echter wel tegen wie voort te procederen wanneer de beslagene niet meer bestaat (en ook niet meer nieuw leven kan worden ingeblazen). Aangezien de verkrijger van de aandelen dan de enig overgebleven belanghebbende is, bepaalt de Hoge Raad dat de beslaglegger de eis in de hoofdzak mag instellen of vervolgen (zo nodig met toepassing van artikel 118 Rv) tegen die verkrijger. Hoewel deze beslissing, gelet op het partijdebat tot dan toe, voor partijen bepaald als een verrassing zal zijn gekomen, zag de Hoge Raad geen aanleiding om partijen in de gelegenheid te stellen zich tevoren nog uit te laten. Waarschijnlijk omdat het oordeel van de Hoge Raad de enige praktische oplossing was voor een situatie als deze.

HR 15 april 2016<sup>118</sup> betreft de vraag of een dwangsom kan worden verbonden aan een veroordeling van de koper tot medewerking aan de levering van onroerend goed, wanneer die medewerking de verplichting tot betaling van de koopsom impliceert. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend op de grond dat artikel 611a lid 1 Rv geen dwangsom toestaat in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom. De Hoge Raad vernietigt omdat voor oplegging van een dwangsom alleen dan geen plaats is wanneer de verkoper betaling van de koopsom kan bewerkstelligen door rechtstreekse executie, dat wil

zeggen zonder enigerlei vorm van de medewerking van de koper. Daarover was echter niets vast komen te staan.

### Arbitrage en bindend advies

In een langlopend geschil tussen een leverancier en een afnemer van broom (een scheikundig element) wordt eerst in kort geding op straffe van een dwangsom de leverancier tot nakoming veroordeeld. Hangende de daarop volgende arbitrage in Londen treffen partijen een schikking waarna de arbiter in een *Final Award by Consent* de vordering tot schadevergoeding van de afnemer afwijst. De leverancier vordert vervolgens bij de Nederlandse rechter onder andere staking van de executie van de dwangsommen, waarbij hij zich beroept op het gezag van gewijsde van de eerdere *Final Award by Consent*. Hof en Hoge Raad verwerpen dit beroep, laatstgenoemde omdat niet zou zijn gebleken dat gezag van gewijsde naar Engels recht zich ook uitstrekt tot een afwijzing die stoelt op een eerdere schikking.<sup>119</sup> Men kan zich overigens ook afvragen waarom niet als dit nu eenmaal de uitkomst van de arbitrage was? Overtuigender lijkt ons overigens de voorafgaande conclusie van A-G Vlas die erop wijst dat dwangsomveroordelingen in kort geding naar Nederlands recht

## De uitspraak bevestigt nog maar weer eens dat het oppassen geblazen is met het toepassen van algemene leerstukken in internationale arbitrages

niet geraakt worden door een andersluidend oordeel in de bodemprocedure. De discussie over gezag van gewijsde is dan irrelevant. Hoe dan ook, de uitspraak bevestigt nog maar weer eens dat het oppassen geblazen is met het toepassen van algemene leerstukken in internationale arbitrages (denk ook aan het veelgebruikte *res judicata*). Nationale rechtsstelsels hebben zo hun eigenaardigheden en het is altijd zaak daar tijdig rekening mee te houden.

In plaats van de overheidsrechter of arbitrage, kun-

nen partijen hun geschil ook laten beslechten via bindend advies. Dat partijen deze meer informele vorm van geschilbeslechting toch heel goed moeten inkleden, vindt bevestiging in HR 29 januari 2016.<sup>120</sup> In een geschil over een vakantiewoning meent het hof dat een eerdere bindendadviesprocedure nog ruimte laat voor een geschil bij de civiele rechter over een bepaald aspect van het geschil. De Hoge Raad vernietigt omdat het hof eraan voorbij heeft gezien dat gedaagde wel degelijk heeft gesteld dat partijen waren overeengekomen dat zij alle geschillen rond de vakantiewoning aan bindend advies zouden onderwerpen.

### Varia

#### Collectieve actie versus toetsing van algemene voorwaarden

In een geschil tussen onder andere de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam en de gemeente Amsterdam over de (on)mogelijkheid tot aanpassing van de canon, oordeelt het Hof Amsterdam dat bepaalde vorderingen op grond van artikel 6:241 BW door het Hof Den Haag moeten worden beoordeeld. De Hoge Raad is het daar niet mee eens. Een belangenorganisatie mag ook kiezen voor een reguliere collectieve actie op de voet van artikel 3:305a BW. De daarop verkregen uitspraak krijgt dan echter niet de bijzondere gevolgen die verbonden zijn aan een uitspraak op grond van artikel 6:241 BW, dat wil zeggen dat een beding ook jegens andere wederpartijen aanstands vernietigbaar is (artikel 6:243 BW). Dit zal de populariteit van de route bij Hof Den Haag niet ten goede komen. Uiteindelijk moet de wetgever zich afvragen of die route nog wel toegevoegde waarde heeft. Wanneer in een reguliere collectieve actie een bepaald beding is vernietigd, ligt toch niet erg voor de hand dat individuele wederpartijen nadien nog met een andere uitkomst worden geconfronteerd.

#### Rechtsmacht

Per 1 oktober 2015 is het Haags Forumkeuzeverdrag in werking getreden.<sup>121</sup> Het verdrag regelt – in burgerlijke en handelzaken – de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing van een gerecht dat is aangewezen in een exclusief forumkeuzebeding tussen partijen bij internationale handelstransacties. Een beslissing van een Nederlandse rechter die bevoegd is op grond van het Haags Forumkeuzeverdrag moet in beginsel worden erkend en tenuitvoergelegd in de andere verdragsstaten en vice versa. Het verdrag is vooralsnog

110. ECLI:NL:HR:2016:2017, *NJB* 2016/1609 (*X/DAS*).

111. [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf).

112. Zie [www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Over-de-recht-bank/Rechtsgebieden/Civiel-recht/Paginas/Team-Kort-Geding.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Over-de-recht-bank/Rechtsgebieden/Civiel-recht/Paginas/Team-Kort-Geding.aspx).

113. Voorstel van wet 34462.

114. Waarover ook N.J. Margetson, 'Neder-

lands verlof tot het leggen van conservatoir scheepsbeslag in een ander land', *NTvH* 2016-4 en S.H. Barten & B.J. van het Kaar, "'Grensverleggend" derdenbeslag: over de reikwijdte van een Nederlands beslagverlof onder de Herschikking Brussel I', *NJPR* 2015, afl. 2. Zie meer in het algemeen over de herschikte EEX-Verordening: M. Ziilinsky, 'De herschikte EEX-Verordening: een overzicht en de gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk', *NJPR* 2014, afl. 1.

115. Onder omstandigheden zelfs voor een niet-opeisbare vordering, zoals nog weer bevestigd in HR 24 juni 2016,

ECLI:NL:HR:2016:1271, *RvdW* 2016/744.

116. Waarover laatstelijk nog weer HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, *NJ* 2016/380, m.nt. H.B. Krans en in de sfeer van dreiging met executoriaal beslag HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, *NJ* 2016/189 (*Duck/X*).

117. ECLI:NL:HR:2015:3299, *RvdW*

2015/1231 (*Promneftstroy/Yukos c.s.*)

118. ECLI:NL:HR:2016:667, *RvdW* 2016/518 (*X/ABC Wonen*), *JIN* 2016/112, m.nt. M. Teekens.

119. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *RvdW* 2015/113, (*ICL/PPC*).

120. ECLI:NL:HR:2016:152, *NJ* 2016/91.

121. Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, *Trb.* 2009, 31.

alleen geratificeerd door Mexico (in 2007) en de EU<sup>122</sup> (in juni 2015). De VS en Singapore hebben het verdrag al ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Als meer staten toetreden, kan het Haags Forumkeuzeverdrag uitgroeien tot een serieuze tegenhanger van het Verdrag van New York van 1958, dat de grensoverschrijdende tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen regelt. Het verdrag kan ook de aantrekkelijkheid vergroten van een forumkeuze voor de eerder genoemde *Netherlands Commercial Court*.

HR 26 februari 2016<sup>123</sup> bevestigt dat ingevolge artikel 5 sub 3 EEX-Vo ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad de verweerder ter keuze van de eiser kan worden opgeroepen voor de rechter van het Handlungsort of het Erfolgsort. Anders dan het hof aanneemt, bestaat deze keuzemogelijkheid niet alleen voor vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad, maar ook voor vorderingen uit hoofde van productaansprakelijkheid.

### Afronding

Het burgerlijk procesrecht was ook dit jaar weer een rustig bezit, zo schreven wij in de inleiding. Desondanks levert de oogst van het afgelopen jaar het aantal bladzijden op dat u zojuist heeft gelezen. Er waren dus toch weer genoeg kwesties waarover de Hoge Raad zich heeft moeten uitlaten. Soms kan men zich overigens niet helemaal aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad zich over allerlei processuele kwesties ook graag wil uitlaten. Wat hier ook van zij, ook de Hoge Raad kan zich vast verheugen op wat gaat komen na invoering van KEI. Aan stof voor deze kroniek zal het ons de komende jaren waarschijnlijk niet ontbreken. •

<sup>122</sup>. Behalve Denemarken.

<sup>123</sup>. ECLI:NL:HR:2016:346, NJ 2016/344 (*Reaal Schadeverzekeringen/Same Deutz c.s.*), m.nt. L. Strikwerda.