

Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Margriet de Boer & Machteld de Monchy¹

De vorige kroniek sloten wij af met het uitspreken van de verwachting dat rond deze tijd de eerste storm rond de inwerkingtreding van KEI zou zijn gaan liggen. Dat het weer zich niet altijd betrouwbaar laat voorspellen, is afgelopen jaar gebleken. Door budgetoverschrijdingen werd KEI 'on hold' gezet voordat we goed en wel zijn begonnen. Het zijn duidelijk woelige tijden voor de rechtspraak. De initiatieven voor modernisering, vereenvoudiging en herziening van het civiele procesrecht volgen elkaar in rap tempo op. Tegelijkertijd wordt de financiering van de rechtspraak een steeds groter punt van zorg. Hoog tijd voor een nieuw overzicht van de rechtspraak en de belangrijkste ontwikkelingen in het afgelopen jaar.

Algemene ontwikkelingen

Modernisering of stilstand?

De rechtspraak staat onder druk en de kwaliteit komt steeds meer in het gedrang, zo blijkt uit een recente brandbrief van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.² Gewezen wordt op het nijpende tekort aan rechters en officieren, structurele overbelasting, gebrekkige ICT-voorzieningen en het financieringstekort van de rechtspraak. Over de financiële druk wordt nog opgemerkt dat structurele tekorten ontstaan door teruglopende zaaksaantallen. De brief komt niet als een verrassing. Vergelijkbare zorgen klonken tijdens een deskundigenbijeenkomst in de Eerste Kamer in januari van dit jaar.³ Er is behoefte aan snelle, goedkope rechtspraak, maar diezelfde rechtspraak beweegt precies de andere kant op. Door hogere griffierechten wordt procederen alleen maar duurder, en door de hoge werkdruk duren zaken alleen maar langer. De rechtspraak wordt langzaam ingehaald door andere initiatieven, zoals digitale arbitrage. Modernisering kan niet langer wachten, maar het project dat daar hoge ogen had moeten gooien, lijkt de grootste blamage uit de juridische geschiedenis te worden. KEI heeft inmiddels zo'n

€ 200 miljoen gekost (waar € 7 miljoen was begroot), en er is maar een gedeelte van de benodigde werkzaamheden verricht. Nog daargelaten dat inmiddels geluiden opgaan om KEI helemaal af te schaffen, inclusief de KEI-wetgeving.⁴ Het oponthoud rond KEI heeft mogelijk ook impact op andere projecten, zoals het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht, dat voortborduurde op de KEI-wetgeving. Toch staat de modernisering van de rechtspraak niet stil. Wetgever en rechterlijke macht blijven zoeken naar initiatieven die gehoor geven aan de roep om maatschappelijk effectieve rechtspraak.

Een voorbeeld daarvan is het wetsvoorstel Experimentenwet rechtspleging, dat dit voorjaar ter consultatie voorlag. Als het aan de wetgever ligt, komt er een wettelijke grondslag om te experimenteren met innovatieve gerechtelijke procedures. In de afgelopen jaren zijn er al verschillende experimenten geweest met bijzondere vormen van rechtspraak, zoals de Burenrechter bij de Rechtbank Midden-Nederland, de Spreekuurrechter bij Rechtbank Noord-Nederland⁵ en de actuele pilot met de Regelrechter bij de Rechtbank Rotterdam. Hoewel dit soort initiatieven over het algemeen positief worden ontvangen, kennen zij ook een belangrijke beperking: deelname

Auteurs

1. Mr. drs. M.H. de Boer is advocaat bij Just Litigation te Amsterdam. Mr. M.V.E.E. de Monchy is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek 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 (ongeveer) de periode van oktober 2017 t/m september 2018.

Noten

2. Brief van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak aan de Eerste en Tweede Kamer van 14 september 2018, 'Samen werken aan recht en veiligheid – Recht-

spraak in zwaar weer', <https://nvvr.org/uploads/afbeeldingen/20180914-brief-TK-en-MvRB-over-rechtspraak.pdf>.

3. Kamerstukken I 2017/18, 34775 VI, P. Tot die deskundigen behoorden onder meer de President van de Hoge Raad, verschillende rechters en hoogleraren en de deken.

4. J.W. Alt, 'Schaf de KEI-wetgeving af',

Advocatenblad 2018/7, p. 74.

5. Zie de recente evaluatie: M. Hertogh, et al., 'Zegt u het eens, wat wilt u van de rechter?' – Evaluatie van de pilot Spreekuurrechter (Research Memoranda, nr. 4, jaargang 2018), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2018.

berust op vrijwilligheid. De Experimentenwet maakt het mogelijk deelname aan experimenten verplicht te stellen. Met inachtneming van de fundamentele beginselen van procesrecht, verdragen en EU-regelgeving, kan bij algemene maatregel van bestuur worden afgeweken van (delen van) onder andere het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de Wet op de rechtsbijstand. De experimenten zijn van tijdelijke aard en worden geëvalueerd om te bezien of definitieve aanpassing van de wet gewenst is. In de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel worden verschillende voorbeelden van experimenten genoemd, zoals de mogelijkheid om in bepaalde gevallen een deskundige lekenrechter aan de enkelvoudige of meervoudige kamer toe te voegen.⁶ Die aanpassing zou de noodzaak van het betrekken van afzonderlijke deskundigen, met alle kosten en vertraging van dien, moeten beperken. Het wetsvoorstel wordt over het algemeen positief ontvangen, al is ook wel een aantal terechte kanttekeningen geplaatst.⁷ Wij juichen

Wellicht kan de rechtspraak, met dit soort toegespitste tijdelijke initiatieven, de brug slaan naar structurele herziening

het initiatief al met al toe. Modernisering lijkt tot stilstand te zijn gekomen. Grote structurele wijzigingen bewegen zichtbaar te traag. Wellicht kan de rechtspraak, met dit soort toegespitste tijdelijke initiatieven, de brug slaan naar structurele herziening.⁸ Daarbij past wel de kanttekening dat experimenteren per definitie extra geld kost, al was het maar vanwege de noodzaak om experimenten deugdelijk te evalueren. Wij wagen te betwijfelen of dit door de wetgever voldoende wordt onderkend.

Een andere veelbelovende innovatie is de oprichting van de *Netherlands Commercial Court* (NCC). Bij de NCC kunnen partijen die dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, in complexe internationale handelsgeschillen procederen in de Engelse taal. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel⁹ dat de NCC mogelijk moet maken op 8 maart 2018 als hamerstuk afgedaan. Het beoogde startmoment van september 2018 wordt helaas niet gehaald, vanwege vragen van de Commissie van Justitie en Veiligheid.¹⁰ De NCC zit ondertussen niet stil. Zo is de werving van rechters en raadsheren voortgezet, een rondje gemaakt langs geïnteresseerde advocatenkantoren en is het procesreglement nader uitgewerkt.¹¹ Dit procesreglement is inmiddels ook goedgekeurd door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken.¹² De NCC heeft praktisch alles in de steigers staan en houdt goede hoop haar deuren op korte termijn te kunnen openen.¹³

De gedragsregels voor advocaten uit 1992 zijn eindelijk ook aangepast. De voor de praktijk voornaamste wijzi-

ging ziet op de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaten. Voorheen kon slechts na overleg en wanneer het belang van de cliënt dat vorderde, in rechte een beroep op confraternele correspondentie worden gedaan.¹⁴ Als het overleg geen oplossing bood, moest advies van de deken worden ingewonnen.¹⁵ Deze archaische regeling is ten gunste van de waarheidsvinding gewijzigd. In het vervolg kan in rechte een beroep worden gedaan op confraternele correspondentie, tenzij anders is overeengekomen.¹⁶ Advocaten die hun mededelingen toch vertrouwelijk willen houden, zullen dat voor verzending duidelijk kenbaar moeten maken, waarna het aan de wederpartij is om hier al dan niet mee in te stemmen. Mededelingen in het kader van schikkingsonderhandelingen zijn nog altijd vertrouwelijk.¹⁷

KEI: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald?

De ontwikkelingen rond KEI rechtvaardigen dat wij daar separaat bij stilstaan. Over de ontwikkelingen van afgelopen jaar valt veel meer te zeggen dan deze kroniek toelaat. Toch wagen wij ons aan een korte *recap*.

Enigszins vertraagd is per 1 maart 2017¹⁸ respectievelijk 1 september 2017¹⁹ KEI in werking getreden voor vorderingszaken bij de Hoge Raad en voor vorderingszaken met verplichte procesvertegenwoordiging bij de Rechtbanken Midden-Nederland en Gelderland. De uitrol zou daarna geleidelijk plaatsvinden, maar dat punt is nooit bereikt. Het project stagneert. KEI moet terug naar de tekentafel. Op 13 april 2018 geeft minister Dekker aan dat de problematiek rond KEI 'zeer ernstig' is en dat doorgaan met het proces vooralsnog onverantwoord is.²⁰ De Raad voor de rechtspraak bericht dat de pilot niet geschikt is voor landelijke implementatie. De pilot in Midden-Nederland en Gelderland blijft van kracht, maar landelijke uitrol zou geen doelmatige investering zijn van 'energie, tijd en geld'.²¹ De kosten zijn inmiddels exorbitant boven begroting, terwijl er nog veel werk in het vooruitzicht ligt. Ook datgene wat inmiddels is opgeleverd, volstaat kennelijk niet. Volgens een onderzoek van Deloitte is herziening van de IT-productkeuzes en architectuur noodzakelijk om tot duurzaam, betrouwbare, onderhoudbare en schaalbare systemen te komen.²²

Inmiddels gaan verschillende geluiden op wat er is misgegaan. De Raad voor de rechtspraak geeft aan een bewuste keuze te hebben gemaakt om de kennis, de ontwikkeling en het beheer van KEI binnenshuis te houden. Leertijd en leergeld is hieraan inherent, zo wordt opgemerkt.²³ Dat leergeld is echter wel gemeenschapsgeld. En niet alleen dat. Ook bedrijven lijden aanzienlijke schade. Zowel IT-bedrijven als advocatenkantoren hebben geïnvesteerd in opleiding en digitale systemen. Systemen die vermoedelijk verouderd zijn tegen de tijd dat KEI landelijk in werking treedt, als dat moment ooit komt.

KEI wordt ongetwijfeld met de beste bedoelingen vormgegeven, maar de problemen die opspelen waren gedeeltelijk te voorzien. Vanaf het allereerste begin zijn vraagtekens geplaatst bij de ambitie om de digitalisering te combineren met een inhoudelijke wijziging van rechtsvordering, maar die waarschuwingen waren aan dovemans oren gericht.²⁴ Om KEI nu nog (gedeeltelijk) ten goede te keren, is een pakket aan maatregelen voorgesteld, waaronder het terugbrengen van die ambitie.²⁵ Minister Dekker heeft waarborgen geformuleerd en aangekondigd

dat een grotere bemoeienis van zijn ministerie kan worden verwacht.²⁶ De verwachting is dat dit najaar besluitvorming kan plaatsvinden over de doelen van de digitalisering, de manier waarop die moeten worden bereikt en de kosten die daarmee gemoeid zijn.²⁷ Of het allemaal voldoende is, valt te bezien. Daarvoor zal ook een structurele oplossing moeten worden gevonden voor de financiering. Zonder substantieel extra budget lijkt KEI in ieder geval gedoemd te mislukken.²⁸

Ondertussen lopen de pilots bij rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland gewoon door. De eerste kinderziekten worden zichtbaar. Zo loopt Rechtbank Gelderland er tegenaan dat sommige rechters op vaste dagen KEI-zittingen doen, waardoor verhinderdata van partijen moeten wijken.²⁹ De gerechten geven in uitspraken helderheid over leemtes en overgangsregelingen. In een procedure die op 4 september 2017 aanhangig wordt gemaakt bij de kantonrechter in Midden-Nederland, maar later wordt verwezen naar de handelskamer van die rechtbank – en dus onder de KEI-wetgeving komt te vallen – oordeelt de rechtbank dat omzetting naar KEI niet hoeft. Na verwijzing moet een zaak worden voortgezet in de stand waarin deze zich bij verwijzing bevindt (artikel 74 Rv). Tegen die achtergrond wordt de procedure volgens oude regels voortgezet en krijgt de handelsrechter dus een papieren dossier. Die uitkomst kan overigens anders zijn als misbruik van de regels wordt vermoed.³⁰ Een vergelijkbare soepele houding past de Rechtbank Gelderland toe in een geval waarin de dagvaarding in de hoofdzaak dateert van vóór 1 september 2017 en de vordering in vrijwaring van daarna. Hierdoor lopen twee procesrechtelijke regimes door elkaar. Die uitkomst is ongewenst, aangezien een gevoegde behandeling van de hoofdzaak en vrijwaring wordt beoogd. De rechtbank beslist dat voor beide zaken het oude procesrecht zal gelden.³¹

Het oordeel van de Hoge Raad betekent dat de tweewekentermijn in wezen een dode letter is

Er is ook ruimte voor tevredenheid. Het digitaal procederen bij de Hoge Raad verloopt volgens de cassatiebalie soepel.³² De Hoge Raad blijft benadrukken dat procederen langs elektronische weg ex artikel 30c lid 1 Rv een harde eis is: wordt de procesinleiding niet ingediend langs elektronische weg, dan leidt dit – na een hersteltermijn van twee weken – tot niet-ontvankelijkheid.³³ In HR 20 april 2018³⁴ staat de oproeping van derden centraal. De Hoge Raad stelt vast dat op eiser de verplichting rust om alle partijen die zijn betrokken bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding, in het geding in cassatie op te roepen. Die oproeping dient op de voet van artikel 30g Rv binnen twee weken te geschieden en bij exploit te worden betekend. Het aanbrengen van een zaak staat ook centraal in HR 16 maart 2018.³⁵ Bekend was al dat de mogelijkheid van kantoorbetekening ex artikel 63 lid 1 Rv in beroep ook onder KEI bestaat.³⁶ In het onderhavige arrest beslist de Hoge Raad dat een kantoorbetekening ook mag wanneer degene voor wie het stuk is bestemd, een bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf heeft in Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius of Saba, of enig ander land ten aanzien waarvan een verdrag of verordening niet anders bepaalt. Een dergelijke kantoorbetekening is toelaatbaar voor zowel KEI als gevallen die buiten die regelgeving vallen.

6. MvT bij Experimentenwet rechtspleging, par. 6.3; te vinden via www.internetconsultatie.nl/experimenten.

7. Zie onder meer P. Ingelse, 'Experimentenwet: carte blanche verdient nadere overweging', *TCR* 2018, afl. 3, p. 59 en de verschillende visies die zijn geuit in het kader van de consultatie.

8. Zie ook J.W. Alt, 'Na een reset van KEI ook een reset voor het burgerlijk procesrecht in vorderingszaken?', *NJB* 2018/1759, afl. 33.

9. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam, *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 2.

10. *Kamerstukken I* 2017/18, 34761, C.

11. www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/concept-ncc-reglement-juni-2018.pdf.

12. NCC update september 2018; te vinden via www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDo

cuments/ncc-update-2018-02.pdf.

13. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Tweede-Kamerneemt-wetten-Netherlands-Commercial-Court-aan.aspx en NCC update september 2018.

14. Regel 12 lid 1 Gedragsregels 1992.

15. Regel 12 lid 2 Gedragsregels 1992.

16. Regel 26 Gedragsregels 2018.

17. Regel 27 Gedragsregels 2018. Identiek aan regel 13 Gedragsregels 1992.

18. *Stb.* 2017, 16.

19. *Stb.* 2017, 174.

20. *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 420, p. 1-2.

21. Brief van de Raad voor de rechtspraak aan de Minister voor Rechtsbescherming van 27 juni 2018, 'Waarborgen digitalisering Rechtspraak', p. 4; te vinden via www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/20180627%20Brief%20Waarborgen%20digitalisering%20Rechtspraak.pdf.

22. Raad voor de rechtspraak, *Voortgangsrapportage programma kwaliteit en innova-*

tie, december 2017, p. 8.

23. Raad voor de rechtspraak, *Voortgangsrapportage programma kwaliteit en innovatie*, december 2017, p. 10.

24. Zie ook de 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht' in *NJB* 2016/1814, afl. 35.

25. Brief van de Raad voor de rechtspraak aan de Minister voor Rechtsbescherming van 10 april 2018, 'Reset digitalisering van de Rechtspraak', p. 5 e.v.; te vinden via www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2018-brief-reset-digitalisering.pdf.

26. *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 420, p. 3.

27. *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, 2, p. 118.

28. Gezien het feit dat KEI wordt gereset, komt de verhoging van de bijdrage die nu in de begroting is voorzien ons mager voor. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, 2, p. 124; *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, 2, p. 120.

29. N. Gloudemans-Voogd, 'Gelderland negeert vaste verhinderdata bij KEI-zittin-

gen', *Advocatenblad* 8 maart 2018; te vinden via www.advocatenblad.nl/2018/03/08/gelderland-negeert-vast-verhinderdata-kei/.

30. Rb. Midden-Nederland, 3 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4, r.o. 4.7.

31. Rb. Gelderland, 29 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6234, r.o. 2.4.

32. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Advocaten-tevreden-over-digitale-portaal-Mijn-Zaak-Hoge-Raad.aspx.

33. Zie HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2525, *RvdW* 2017/1009; HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:532, *RvdW* 2018/448; HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:921, *RvdW* 2018/733.

34. ECLI:NL:HR:2018:649, *RvdW* 2018/537.

35. ECLI:NL:HR:2018:366, *NJ* 2018/249, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

36. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1278 (*HR/C/Roosendaal Keyzer Advocaten*).

In twee arresten van 13 oktober 2017 heeft de Hoge Raad twee onvolkomenheden in de wet aangepakt. In de eerste uitspraak³⁷ wordt geoordeeld over een verzoek tot verstekverlening. Eiser tot cassatie heeft, na een onjuiste procesinleiding, de mogelijkheid gekregen gebreken te herstellen. Het exploit met het tweede oproepingsbericht, de oorspronkelijke procesinleiding en de aanvullende procesinleiding, is tijdig betekend. Het exploit is echter uitgebracht ná het verstrijken van de uiterste verschijndatum die in de oorspronkelijk procesinleiding stond vermeld, terwijl in de aanvullende procesinleiding en in het tweede exploit geen nieuwe uiterste verschijndatum is opgenomen. Aangezien Rv niet in deze situatie voorziet, is die onvolkomenheid niet met nietigheid bedreigd. De eisen van een goede procesorde brengen volgens de Hoge Raad mee dat de rechter pas verstek kan verlenen op het moment dat de eiser wél een nieuwe uiterste verschijndatum heeft aangezegd. De tweede uitspraak³⁸ gaat eveneens over verstekverlening, maar dan nadat een verzuim ex artikel 112 lid 1 Rv is geconstateerd. Artikel 112 lid 1 Rv brengt mee dat het oproepingsbericht binnen twee weken na de indiening van de procesinleiding moet worden betekend of bezorgd. In de onderhavige zaak is na die tweewekentermijn betekend. Anders dan uit artikel 120 Rv lijkt te volgen, brengt dat verzuim geen nietigheid mee. De tweewekentermijn beoogt te waarborgen dat de verweerder gedurende ten minste twee weken gelegenheid heeft te beslissen of hij in de procedure wil verschijnen. Tegen die achtergrond beschouwt de Hoge Raad de tweewekentermijn als een terugrekentermijn. Zijn er minstens twee weken verstreken tussen de betekening van het exploit en de in het exploit aangezegde uiterste verschijndatum, dan is overschrijding van de tweewekentermijn geen beletsel voor verstekverlening. De Hoge Raad begeeft zich aldus zichtbaar op de stoel van de wetgever. Over de uitkomst van die interventie – hoe redelijk die ook vóórkomt – valt te twisten. Het oordeel van de Hoge Raad betekent immers dat de tweewekentermijn in wezen een dode letter is. Dit oordeel leidt er ook toe dat het een tijd kan duren voordat de verweerder ervan op de hoogte wordt gesteld dat een procedure aanhangig is gemaakt. Dat maakt het bovendien voor de verweerder onmogelijk de procedure te versnellen door eerder te verschijnen, aangezien met een oproepingsbericht pas toegevoegd tot het digitale dossier wordt verkregen.

Algemene beginselen

Recht op een eerlijk proces

Hoewel het recht op een eerlijk proces tot de kern van onze rechtsstaat behoort, is het niet met zoveel woorden in de Grondwet opgenomen. In februari 2018 stemde de Eerste Kamer in met het voorstel om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet te verankeren en is de zogenoemde overwegingswet in het *Staatsblad* gepubliceerd.³⁹ Wordt het voorstel na de volgende verkiezingen ook in tweede lezing aangenomen, dan zal aan artikel 17 Gw een nieuw eerste lid worden toegevoegd, waarin staat dat ieder bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Uit artikel 6 EVRM vloeit voort dat behandeling van een zaak moet plaatsvinden door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Daarvan is geen sprake als een beschikking, vonnis of arrest niet is gewezen door het wettelijk vereiste aantal rechters of raadsheren. Op grond van artikel 5 lid 2 Wet RO zijn dergelijke uitspraken nietig. Uit de veelbesproken *Meavita*-uitspraak⁴⁰ vloeit voort dat deze nietigheid (die uitsluitend kan worden ingeroepen in het kader van een tegen de uitspraak openstaand rechtsmiddel) meebrengt dat de zaak door de lagere rechter ‘volledig opnieuw’ moet worden beoordeeld. Een ongelukkige samenloop van omstandigheden waardoor een zaak ‘over’ moet, kan zich een keer voordoen, maar inmiddels blijkt *Meavita* helaas geen uitzondering. Ging het daarin om een rechter in de Ondernemingskamer die ten tijde van het uitspreken van de beschikking was gedefungeerd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, in HR 6 oktober 2017⁴¹ blijkt een van de raadsheren door een interne administratieve fout ten tijde van de uitspraak nog niet als raadsheer-plaatsvervanger beëdigd, en in HR 13 april 2018⁴² blijkt de rechter die het vonnis mede heeft gewezen, inmiddels gedefungeerd door zijn benoeming tot raadsheer in het hof. Het gevolg is dat de uitspraken niet zijn gewezen door het wettelijk vereiste aantal rechters en daardoor nietig zijn. In laatstgenoemd arrest beantwoordt de Hoge Raad prejudiciële vragen van het Hof Amsterdam over de precieze gevolgen van deze nietigheid. Een vonnis – maar hetzelfde geldt voor een beschikking of arrest – kan volgens de Hoge Raad niet worden uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd, als na het defungeren nog wijzigingen worden aangebracht in de tekst van het vonnis.⁴³ Dat geldt ook voor wijzigingen van ondergeschikte aard, tenzij het daarbij gaat om verbetering van een kennelijke fout als bedoeld in artikel 31 Rv. Als de (appel) rechter constateert dat een vonnis nietig is omdat dit (mede) is gewezen door een daartoe niet meer bevoegde rechter, is er in eerste aanleg achteraf gezien geen rechtsgeldig eindoordeel gegeven en moet de zaak opnieuw worden behandeld. In dit geval geldt een uitzondering op het terugverwijzingsverbod. De zaak moet worden terugverwezen naar de rechtbank die het vonnis heeft gewezen (verwijzing naar een andere rechtbank is op grond van de wet niet mogelijk), maar mag daar niet opnieuw worden beoordeeld door de rechters die aan het nietig geoordeelde vonnis hebben meegewerkt. Zo wordt voorkomen dat twijfel kan rijzen over de vraag of deze rechters in staat zijn het geschil nogmaals onbevangen te beoordelen.

Advocaten doen er dus goed aan na een uitspraak niet alleen te checken of de rechters die de uitspraak hebben gewezen wel bij een voorafgaande mondelinge behandeling aanwezig zijn geweest, maar ook of zij wel daadwerkelijk rechter zijn in het desbetreffende gerecht. Dat laatste zal in de praktijk veelal als vanzelfsprekend worden aangenomen, maar dat is het blijkbaar niet. Het is te hopen dat de gevallen waar de Hoge Raad zich recent over heeft gebogen, niet slechts het topje van de ijsberg vormen. De rechtspraak zou een controlemechanisme moeten invoeren om te voorkomen dat uitspraken worden gewezen op naam van rechters die daartoe niet (langer)

bevoegd zijn. In tijden waarin de rechtspraak aan alle kanten financieel onder druk staat, valt niet uit te leggen dat rechtszoekenden na soms jaren procederen door een ‘stomme’ fout van de rechtspraak weer van voren af aan moeten beginnen, met alle kosten en vertraging van dien.

In twee beschikkingen van 22 december 2017⁴⁴ geeft de Hoge Raad verdere invulling aan de regels die gelden bij een rechterswisseling na een mondelinge behandeling. Even oprispen: volgens HR 31 oktober 2014⁴⁵ behoort een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, in beginsel te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. Doel hiervan is te waarborgen dat het verhandel-

De rechtspraak zou een controlemechanisme moeten invoeren om te voorkomen dat uitspraken worden gewezen op naam van rechters die daartoe niet (langer) bevoegd zijn

de ter zitting daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de beslissing. HR 15 april 2016⁴⁶ verduidelijkt dat het in beginsel gaat om de uitspraak die direct op de mondelinge behandeling volgt en die een beslissing bevat over de geschilpunten die bij de mondelinge behandeling aan de orde zijn gekomen. De uitspraken van 22 december 2017 gaan over de vraag of in een meervoudig te beslissen zaak een mondelinge behandeling kan plaatsvinden ten overstaan van een van de drie rechters of raadsheren (zie artikel 15 lid 4 en 16 lid 5 Rv). Gezien het arrest van 2014 is uitgangspunt dat een mondelinge behandeling waarbij partijen de gelegenheid hebben hun stellingen toe te lichten, plaatsvindt ten overstaan van de drie rechters of raadsheren die de beslissing zullen nemen. Als in een meervoudig te beslissen zaak wordt bepaald dat een mondelinge behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van een rechter-commissaris en die

mondelinge behandeling is bedoeld om partijen hun stellingen te laten toelichten, moet dit uiterlijk bij de oproeping voor die mondelinge behandeling worden meegegeeld. Partijen mogen dan verzoeken dat de mondelinge behandeling wordt gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Dit verzoek kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld. Als een zaak van de enkelvoudige naar de meervoudige kamer wordt verwezen nadat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden waarin partijen gelegenheid hebben gehad hun stellingen toe te lichten en die voorafgaat aan de eerstvolgende uitspraak, moet van die verwijzing aan partijen mededeling worden gedaan en kunnen partijen verzoeken dat een mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer. Conform de eerdere rechtspraak mag dit verzoek niet worden afgewezen als van de eerdere mondelinge behandeling geen procesverbaal is opgemaakt of als dit niet uiterlijk met de mededeling van (in dit geval) de verwijzing naar de meervoudige kamer aan partijen is verstrekt.

HR 30 maart 2018⁴⁷ bevestigt de hiervoor geformuleerde regels. Aan partijen is bij de mededeling dat de mondelinge behandeling zou plaatsvinden ten overstaan van een raadsheer-commissaris ten onrechte niet de gelegenheid gegeven te verzoeken om een meervoudige behandeling.

Nog geen drie maanden later krijgt de Hoge Raad alweer de gelegenheid de regels verder te nuanceren: in twee uitspraken van 22 juni 2018⁴⁸ volgt vernietiging omdat partijen niet tijdig voor de comparitie in de gelegenheid zijn gesteld te verzoeken dat de comparitie zou worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zou nemen. In aanvulling op de uitspraken van 22 december 2017 merkt de Hoge Raad op dat partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld een verzoek om een meervoudige behandeling te doen als deze mogelijkheid in het procesreglement wordt opgenomen. Verder kan uit het feit dat een partij na de comparitie niet alsnog om pleidooi tegenover de meervoudige kamer heeft verzocht, niet worden afgeleid dat die partij afstand heeft gedaan van het recht om bij de comparitie haar stellingen toe te lichten ten overstaan van de rechters die de beslissing zouden nemen.⁴⁹

Recht op pleidooi

HR 15 december 2017⁵⁰ bevestigt nog maar weer eens dat partijen in beginsel het recht hebben hun standpunten bij

37. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2628, NJ 2017/419, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

38. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2629, NJ 2017/420, m.nt. A.I.M. Van Mierlo.

39. Wet van 21 februari 2018, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, Stb. 2018, 88.

40. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614 en ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde.

41. ECLI:NL:HR:2017:2561, RvdW 2017/1061 (moeder/Raad voor de Kinderbescherming).

42. ECLI:NL:HR:2018:604, RvdW 2018/531 (Cadenza/Fairstar).

43. Zie ook HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:650, RvdW 2018/535, r.o. 3.4.6, over hoe moet worden omge-

gaan met de situatie van defungeren na het doen van een mondelinge uitspraak maar voordat de schriftelijke uitwerking is vastgesteld.

44. ECLI:NL:HR:2017:3259, RvdW 2018/86 (X./Stichting Maatschappelijke Ondersteuning Voor Elkaar), en ECLI:NL:HR:2017:3264, RvdW 2018/67 (S./Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond).

45. ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181.

46. ECLI:NL:HR:2016:662, RvdW 2016/51.

47. ECLI:NL:HR:2018:484, RvdW 2018/444 (R./Dräger Nederland).

48. ECLI:NL:HR:2018:976, RvdW 2018/754 (FNV/Pontmeyer) en ECLI:NL:HR:2018:971, RvdW 2018/763 (X./Holland Scherming).

49. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, RvdW 2018/754 (FNV/Pontmeyer), r.o. 4.1.7.

50. ECLI:NL:HR:2017:3151, NJ 2018/16.

De Hoge Raad maakt duidelijk dat een ‘droste-effect’ van wrakingsverzoeken – eerst een wraking van de zittingsrechter en vervolgens een wraking van de wrakingskamer – een halt kan worden toegeroepen in geval van evident misbruik van recht

pleidooi toe te lichten en dat een verzoek om pleidooi slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag worden afgewezen. Dat mag slechts als van de zijde van de wederpartij klemmende redenen worden aangevoerd tegen toewijzing van het verzoek of als toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde. In elk van deze gevallen moet de rechter de redenen voor afwijzing van het verzoek uitdrukkelijk vermelden en zijn beslissing deugdelijk motiveren. Dat is in dit geval niet gebeurd. Ook in HR 13 juli 2018⁵¹ ontbreekt de motivering. Sterker nog, daar blijkt uit de rolbeslissing in het geheel niet dat de rolraadsheer het verzoek om pleidooi heeft beoordeeld met inachtneming van de daarvoor geldende maatstaven.

Hoor en wederhoor

De schade door schending van het beginsel van hoor en wederhoor bleef dit kroniekjaar beperkt tot HR 13 oktober 2017:⁵² het hof baseert zijn beslissing – in strijd met artikel 19 Rv – op een hem ambtshalve bekend geworden e-mail die dateert van na de mondelinge behandeling van het hoger beroep en niet tot de gedingstukken behoort. Het uitgangspunt dat de rechter zijn beslissing niet mag baseren op stukken waarvan partijen geen kennis hebben kunnen nemen of waarover zij zich onvoldoende hebben kunnen uitlaten, lijdt uitzondering als partijen afstand hebben gedaan van de in het beginsel van hoor en wederhoor gelegen bescherming. HR 25 mei 2018⁵³ bevestigt dat die afstand ook besloten kan liggen in een afspraak over het verdere verloop van de procedure. In dit geval is bij de mondelinge behandeling afgesproken dat een van partijen zich nog schriftelijk over een bepaald onderwerp zou uitlaten, waarna de curator en de bank daarop ieder voor een bepaalde datum zouden reageren. Het hof zou vervolgens een dag daarna uitspraak doen. In die afspraken ligt volgens de Hoge Raad besloten dat partijen, waaronder de bank, niet meer zouden kunnen reageren op de schriftelijke reactie van de curator, en dat het zelfs mogelijk was dat zij van die reactie geen kennis zouden kunnen nemen voordat het hof uitspraak zou doen. Partijen hebben op dit punt dan ook afstand gedaan van het recht op hoor en wederhoor, zodat het hof de reactie van de curator bij zijn oordeel mocht betrekken.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Eind 2017 verscheen dan eindelijk de evaluatie van de (sinds 2014 lopende) pilot met de externe wrakingskamer bij de gerechtshoven Amsterdam en Den Haag.⁵⁴ Over de vraag of de externe wrakingskamer een verbetering is ten opzichte van de reguliere, interne wrakingsprocedure, zijn de meningen verdeeld en niet bijzonder uitgesproken. Kort gezegd lijkt niemand er écht wakker van te liggen als

alles bij het oude blijft. Het is dan ook maar de vraag of de pilot wordt uitgebreid, zeker omdat behandeling door de externe wrakingskamer meer tijd en dus geld blijkt te kosten dan de reguliere procedure.

Dat vraagstukken rond rechterlijke onpartijdigheid nog altijd actueel zijn, blijkt uit een tweetal recente beslissingen van de Hoge Raad op cassatie in het belang der wet en een uitspraak van de wrakings- en verschoningskamer van het Hof Den Haag. Hoewel gewezen in strafrechtelijke context, zijn deze uitspraken ook voor de civiele praktijk van belang. De Hoge Raad stelt in beide uitspraken⁵⁵ voorop dat een rechter uit hoofde van zijn aanstelling moet worden vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing opleveren dat een rechter jegens een procespartij een vooringenomenheid koestert, althans dat de vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is. Een rechterlijke (tussen)beslissing als zodanig kan nimmer grond vormen voor wraking. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (in strafzaken, maar hetzelfde zal gelden in civiele zaken) staat daaraan in de weg: wraking is geen verkapt rechtsmiddel. In dit licht kan ook een door de wrakingskamer onjuist of gebrekkig geachte motivering van een (tussen)beslissing geen grond vormen voor wraking, tenzij deze motivering naar objectieve maatstaven gemeten – bijvoorbeeld door de gebezigde bewoordingen – blijkt geeft van vooringenomenheid van de rechter.⁵⁶ De Hoge Raad maakt verder duidelijk dat een ‘droste-effect’ van wrakingsverzoeken – eerst een wraking van de zittingsrechter en vervolgens een wraking van de wrakingskamer – een halt kan worden toegeroepen in geval van evident misbruik van recht. In zo’n geval kan de wrakingskamer het verzoek tot wraking van een of meer van haar leden buiten behandeling laten zonder dat de zaak in handen van een andere wrakingskamer wordt gesteld.⁵⁷ Het spiegelbeeld van wraking (door een procespartij) is verschoning (door de rechter zelf).⁵⁸ Het Hof Den Haag had recent te oordelen over het verzoek van een raadsheer om zich te mogen verschonen in de artikel 12 Sv-procedure in de zaak tegen de tabaksindustrie.⁵⁹ Aan advocaat Ficq was ter ore gekomen dat die raadsheer bij een privé-diner zou hebben gezegd dat ‘roken ieders eigen verantwoordelijkheid is’. Volgens Ficq staat daardoor de objectiviteit van de raadsheer ter discussie. Mede gelet op de publiciteit die daarop ontstond, meende de raadsheer dat hij niet meer onbevangen over de zaak kon oordelen. Het hof zag daarin aanleiding te concluderen dat in dit geval de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden en wees het verzoek om verschoning toe.

In civiele context valt nog te wijzen op HR 24 november 2017.⁶⁰ Het feit dat de rechter een getuige confronteert met een tegenstrijdigheid tussen zijn verklaring en

het voorhanden bewijsmateriaal, en de getuige eraan herinnert dat hij onder ede staat, levert niet een aanwijzing op voor het ontbreken van onpartijdigheid.

Vorig jaar berichtten wij over de aangifte van emeritus hoogleraar Ulli Jessurun d'Oliveira tegen de voltallige Hoge Raad vanwege de praktijk waarbij zogenoemde reservisten deelnemen aan de beraadslaging in raadkamer. In oktober 2017 liet het Openbaar Ministerie weten dat het de zaak seponert.⁵¹ Van een ongerechtvaardigde schending van het geheim van de raadkamer is geen sprake als bij de Hoge Raad andere raadsheren dan die van de zetel in de raadkamer deelnemen aan de beraadslagingen. Het belang van het bewaken van de rechtseenheid door de Hoge Raad weegt zwaarder dan het geheim van de raadkamer. Strafvervolgning heeft geen kans van slagen en daarmee was de kous af, althans tot zeer recent. Inmiddels heeft namelijk de Amsterdamse strafrechtadvocaat Willem Jebbink alle elf strafrechters van de Hoge Raad gewraakt vanwege het inzetten van reservisten.⁵² Volgens Jebbink is de manier waarop de Hoge Raad tot een beslissing komt te vaak 'onzichtbaar en oncontroleerbaar'. Wordt vervolgd.

Procederen in eerste aanleg

Dat de nieuwe KEI-wetgeving niet op alle punten even doordacht lijkt te zijn, volgt uit HR 20 april 2018.⁵³ Volgens het nieuwe artikel 30p Rv kan de rechter mondeling uitspraak doen als aan een aantal voorwaarden is voldaan, zoals de aanwezigheid van alle partijen bij de zitting en de vastlegging van de uitspraak in een proces-verbaal. Anders dan kennelijk werd beoogd, betekent het artikel een aanzienlijke beperking van de bestaande praktijk. Daarin komen mondelinge uitspraken veelvuldig voor als vanwege spoedeisendheid de schriftelijke uitwerking van de uitspraak niet kan worden afgewacht. Een zogenaamd kop-staartvonnis voorziet in de behoefte een beslissing meteen ten uitvoer te kunnen leggen. De Hoge Raad wijst op de aanmerkelijke bezwaren van de voorwaarden die nu in artikel 30p Rv zijn neergelegd en stelt vast dat de wetgever dat niet zal hebben beoogd. Een en ander brengt volgens de Hoge Raad mee dat artikel 30p Rv geen exclusieve regeling behelst. Als er een spoedeisend belang bestaat, kan nog altijd, volgens de bestaande praktijk, mondeling uitspraak worden gedaan. Daarnaast kan op de voet van artikel 30p Rv een mondelinge uitspraak worden gedaan als een zaak zich daarvoor leent (over het algemeen eenvoudige zaken waarbij spoedeisend belang dus geen noodzaak is). De Hoge Raad maakt van de gelegen-

heid gebruik om de regels voor mondelinge uitspraken nog verder vorm te geven. Zo moet binnen twee weken de schriftelijke uitwerking van een mondelinge uitspraak volgen en worden de implicaties daarvan voor het instellen van beroep besproken.

De rol van procespartijen heeft ook deze kroniekperiode de nodige aandacht gekregen. In HR 30 maart 2018⁵⁴ wordt naar aanleiding van prejudiciële vragen verduidelijkt wie als 'belanghebbende' in de zin van artikel 798 Rv kan worden aangemerkt. HR 22 juni 2018⁵⁵ gaat over de situatie waarin de hoedanigheid van een procespartij tijdens het geding wijzigt. In deze zaak wordt de curator tijdens de procedure in hoger beroep vervangen. Dat is volgens artikel 225 lid 1 sub c een schorsingsgrond. De Hoge Raad verduidelijkt dat schorsing in zo'n geval alleen kan plaatsvinden in *dezelfde* instantie. Dat wordt niet anders indien schorsing in die instantie niet meer kan plaatsvinden omdat de schorsingsgrond zich weliswaar tijdens diezelfde instantie aandient, maar ná dagbepaling van de uitspraak. In dat geval kan niettemin een rechtsmiddel worden ingesteld door of tegen de opvolger van de partij bij wie de schorsingsgrond zich voordeed, maar een schorsing in de volgende instantie – zoals eiseres tot cassatie voor ogen heeft – is niet meer mogelijk. De Hoge Raad doet eiseres nog wel een handreiking: de opvolgend curator mag alsnog binnen twee weken worden opgeroepen om zich uit te laten over de vraag of tegen hem kan worden voortgeprocedeerd.

In HR 27 oktober 2017⁵⁶ staat de verhouding tussen hoofd- en schadestaatprocedure centraal. Het hof werpt in de hoofdprocedure het beroep op eigen schuld voor zover dat losstaat van de concrete schadeposten. Een eventueel eigenschuldverweer ten aanzien van concrete schadeposten kan in de schadestaatprocedure aan bod komen. In cassatie wordt betoogd dat het hof het hele debat over eigen schuld naar de schadestaatprocedure had moeten verwijzen omdat onvoldoende is gedebatteerd over afzonderlijke schadeposten. De Hoge Raad gaat daar niet in mee. Op grond van artikel 612 Rv begroot de rechter die een veroordeling tot schadevergoeding uitsprekt, voor zover mogelijk (en dus voor zover het partijdebat en hoor en wederhoor dat toelaten) de schade in het vonnis. Dat geldt ook als verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevorderd. Dit uitgangspunt wijzigt volgens de Hoge Raad niet als het geschilpunten betreft die op zichzelf genomen in de schadestaatprocedure nog (verder) aan de orde kunnen worden gesteld, zoals vragen van causaal verband en eigen schuld.⁵⁷ Het hof mocht dan ook

51. ECLI:NL:HR:2018:1172, NJB 2018/1523.

52. ECLI:NL:HR:2017:2624, NJ 2017/397.

53. ECLI:NL:HR:2018:774, RvdW 2018/628.

54. W. Van Rossum, *De externe wrakingsprocedure. Evaluatie van de pilot externe wrakingskamer bij de gerechtshoven Amsterdam en Den Haag, april 2014-2016*, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda, nr. 4/2017.

55. HR 25 september 2018,

ECLI:NL:HR:2018:1413 en ECLI:NL:HR:2018:1770.

56. HR 25 september 2018,

ECLI:NL:HR:2018:1413, r.o. 3.4.

57. HR 25 september 2018,

ECLI:NL:HR:2018:1770, r.o. 4.7.

58. Zie art. 40 Rv. Zie ook Y. Buruma, 'Verschoning van een rechter', NJB 2018/1758, afl. 33.

59. Hof Den Haag 24 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2470.

60. ECLI:NL:HR:2017:3016, NJ 2018/153

(Schavemaker/Planet Little Kids Furniture).

61. Zie www.njb.nl/nieuws/om-seponeert-aangifte-schending-geheim-raadkamer.27431.lynkx.

62. www.advocatie.nl/willem-jebbink-wraakt-alle-strafrechters-van-de-hoge-raad.

63. ECLI:NL:HR:2018:650, RvdW 2018/535.

64. ECLI:NL:HR:2018:463, RvdW

2018/404. Vergelijk over het begrip 'belanghebbende' ook HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:979, RvdW 2018/766;

HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:488, RvdW 2018/405.

65. ECLI:NL:HR:2018:982, RvdW 2018/757.

66. ECLI:NL:HR:2017:2774, NJ 2018/152 (Quarz Vermogenstrategieën/Van Oeffelen), m.nt. S.D. Lindenbergh.

67. De Hoge Raad roept in herinnering HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2229, NJ 2010/229.

een deel van het eigenschuldverweer al in de hoofdprocedure verwerpen. Deze uitspraak roept in feite de belangrijke boodschap in herinnering die ook uit eerdere arresten volgde: wanneer het debat ook (een element van) schade lijkt te omvatten, is het risicovol de kaarten op de borst te houden.

Incidenten

In HR 6 juli 2018⁶⁸ vordert de eiser tot cassatie in een incident ex artikel 235 Rv jo. 418a Rv dat de Hoge Raad de voorwaarde van zekerheidstelling verbindt aan de door het hof uitgesproken uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Eiser meent dat zekerheid (een bankgarantie) moet worden gesteld vanwege een restitutierisico. Bij de beantwoording van de vraag of een vordering tot zekerheidstelling kan worden toegewezen, geldt volgens de Hoge Raad dezelfde maatstaf als bij een vordering om een beslissing uit vorige instantie alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.⁶⁹ In dit geval is het gestelde restitutierisico onvoldoende betwist en resulteert de belangenafweging in toewijzing van de incidentele vordering. Dat verweerster in cassatie zich door de zekerheidstelling mogelijk genoodzaakt ziet om, in afwachting van de uitkomst van de procedure, af te zien van tenuitvoerlegging van het arrest van het hof, doet hieraan niet af.

Bewijs

Modernisering bewijsrecht

Als vervolg op het vorig jaar verschenen advies over de modernisering van het burgerlijk bewijsrecht van de Expertgroep bestaande uit mr. A. Hammerstein, prof. mr. W.D.H. Asser en prof. mr. R.H. de Bock, ging eind mei 2018 een conceptwetsvoorstel in consultatie.⁷⁰ Het wetsvoorstel

Gevreesd wordt dat dit kan leiden tot ‘meeprocederen’ door de rechter, waardoor zaken (juist) minder efficiënt worden behandeld, langer duren en (dus) kostbaarder worden

beoogt tegemoet te komen aan de behoefte van burgers en bedrijven aan meer eenvoud, snelheid, flexibiliteit en effectiviteit bij de buitengerechtelijke en gerechtelijke geschiloplossing, onder andere door de invoering van (wat wij noemen) een preprocesuele bewijsgaringsplicht: partijen worden geacht al voorafgaand aan een procedure alle informatie te verzamelen waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat die van belang is voor de beslechting van het geschil en die redelijkerwijs voorafgaand aan de pro-

cedure kan worden verkregen. Op die manier zou de procedure sneller, eenvoudiger en effectiever kunnen verlopen en zouden partijen een uitspraak van de rechter krijgen die aansluit bij de ‘materiële waarheid’. Bovendien zouden partijen daardoor meer en eerder inzicht krijgen in hun geschil en zou de kans groter zijn dat partijen dat onderling buiten rechte oplossen. Dit klinkt uiteraard prachtig, maar enige substantiëring voor deze verwachtingen is in de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel niet te vinden. Wij vrezen dat de wens hier de vader van de gedachte is. Uit de gepubliceerde consultatiereacties blijkt dat wij niet de enigen zijn die hier zo over denken.⁷¹ De verwachting is dat de ‘preprocesuele bewijsgaringsplicht’ zal leiden tot meer discussie over de vraag welke informatie al dan niet moet worden verschaft en tot een frequenter beroep op de rechter in de voorfase, en dus eerder tot escalatie dan tot een vroegtijdige oplossing van het geschil. Bovendien is in de voorfase lang niet altijd precies duidelijk welke gegevens in de procedure wel of niet van belang kunnen zijn. Het kan daardoor voorkomen dat bewijs is verzameld dat uiteindelijk helemaal niet van belang blijkt, of dat juist bewijs ontbreekt van feiten die in de procedure toch relevant blijken. In dat geval is de preprocesuele bewijsgaring dus helemaal niet zo efficiënt, nog los van de extra kosten die deze bewijsgaring voor partijen kan meebrengen.⁷² In de diverse consultatiereacties zijn bovendien kritische noten gekraakt over het voorstel om de rechter meer ruimte te geven om in de procedure recht te doen aan waarheidsvinding, in het bijzonder door toekenning van de bevoegdheid (in een nieuw artikel 24 lid 2 Rv) om partijen ambtshalve te wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen. Gevreesd wordt dat dit kan leiden tot ‘meeprocederen’ door de rechter, waardoor zaken (juist) minder efficiënt worden behandeld, langer duren en (dus) kostbaarder worden (door meer processtappen en potentieel meer wrakingen). Niettemin bevat het wetsvoorstel ook bepaald goede elementen. Zo wordt voorgesteld dat er één verzoek tot voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, deskundigenbericht, plaatsopneming, inzagevordering) komt, waarbij de toetsingscriteria gelijk worden getrokken. Daarnaast worden partijen gestimuleerd om (meer) gebruik te maken van schriftelijke getuigenverklaringen en wordt onder andere voorgesteld de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring af te schaffen. Het is afwachten hoe de reacties in een aangepast wetsvoorstel zullen worden verwerkt. Zolang er nog geen zicht is op landelijke invoering van KEI-Rv, zal een aangepast wetsvoorstel er hoe dan ook moeten komen, want het huidige conceptwetsvoorstel gaat volledig uit van de toepasselijkheid van de nieuwe regeling inzake KEI.

Voorlopig getuigenverhoor en voorlopig deskundigenbericht

Volgens vaste rechtspraak kan een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor worden afgewezen op de grond dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt (artikel 3:13 BW), dat het verzoek strijdig is met een goede procesorde, dat het verzoek afstuit op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar, of als de verzoeker bij toewijzing

onvoldoende belang heeft (artikel 3:303 BW). Je zou zeggen dat de gronden voor toe- of afwijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor (of voorlopig deskundigenbericht) inmiddels wel aardig zijn uitgekristalliseerd. Toch heeft de Hoge Raad zich het afgelopen kroonjaar maar liefst vijf keer inhoudelijk gebogen over dergelijke verzoeken.

HR 17 november 2017⁷³ vindt zijn oorsprong in de schadeprocedure tegen de Staat ter zake van de onteigening van de aandelen SNS. Daarin heeft de Ondernemingskamer drie deskundigen benoemd voor de vaststelling van de waarde van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen. Hangende deze procedure verzoekt de Stichting Beheer, die belanghebbende is in deze procedure, een voorlopig getuigenverhoor ten behoeve van een procedure tegen SNS Reaal. Zowel rechtbank als hof wijzen dat verzoek af, volgens de Hoge Raad terecht. Voor de door de Stichting te vorderen schade voorziet de Wft in een bijzondere regeling bij de Ondernemingskamer. Daarbij is het bewijsrecht in beginsel van toepassing, inclusief de bepalingen over het getuigenverhoor. Met doel en strekking van de procedure van artikel 6:11 Wft is niet verenigbaar dat het feitenonderzoek wordt doorkruist of op de uitkomst van de procedure wordt vooruitgelopen door middel van een voorlopig getuigenverhoor dat in wezen eveneens betrekking heeft op de vaststelling van de waarde van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen, maar dat plaatsvindt ten overstaan van een andere rechter dan de door de wet aangewezen gespecialiseerde rechter en zonder dat andere bij de onteigening betrokken partijen in de gelegenheid zijn op het verhoor invloed uit te oefenen.

Voor afwijzing van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor is volgens HR 7 september 2018⁷⁴ niet voldoende dat gevaar bestaat dat een strafrechtelijke procedure daardoor wordt doorkruist. Vereist is wel dat een verhoor wordt verzocht voor het ophelderen of vaststellen van feiten met het oog op een geding voor de burgerlijke rechter. De enkele omstandigheid dat in het voorlopig getuigenverhoor dezelfde vragen aan de orde (kunnen) komen of dezelfde feiten (kunnen) worden onderzocht als in een procedure bij een andere rechter (in dit geval een strafzaak), kan geen grond voor afwijzing van het verzoek zijn. Wel kan een beperking gerechtvaardigd zijn als aanmerkelijk is dat deze omstandigheid zal leiden tot een daadwerkelijke verstoring van het onderzoek bij die andere rechter. In dat geval kan het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor worden afgewezen of kan de rechter het verzoek ten aanzien van bepaalde onderwerpen, vragen of

getuigen afwijzen op de grond dat zich een afwijzingsgrond voordoet met betrekking tot dat onderwerp of die vraag, of dat de getuige niet iets kan verklaren dat voor het geding voor de burgerlijke rechter van belang is. De bevoegdheid om een getuige op deze grond niet te horen of de beantwoording van bepaalde vragen te beletten, komt ook toe aan de rechter ten overstaan van wie het verhoor moet plaatsvinden.

Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor is ten onrechte afgewezen in de zaak die leidt tot HR 22 december 2017.⁷⁵ De eis dat in het verzoekschrift tot een voorlopig getuigenverhoor de aard en het beloop van de vordering worden vermeld (artikel 187 lid 3 aanhef en onder a en b Rv), betekent niet dat de verzoeker ook al moet aangeven welke feiten en stellingen hij aan zijn voorgenomen vordering ten grondslag wil leggen en over welke feiten hij getuigen wil doen horen. Ook hoeft de verzoeker zich niet uit te laten over de precieze aard van de in te stellen vordering of de omvang van de geleden schade. Een voorlopig getuigenverhoor dient er immers juist toe te beoordelen of het zinvol is een voorgenomen vordering in te stellen. De toewijsbaarheid van die voorgenomen vordering ligt in de procedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dan ook niet ter toetsing voor.

Toch kan de kans van slagen van een in te stellen vordering voor de beoordeling van het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor wel degelijk van belang zijn. In de zaak die leidt tot HR 18 mei 2018⁷⁶ verzoekt een ex-werknemer van ABN AMRO om een voorlopig getuigenverhoor. Hij wil daarmee duidelijkheid krijgen over het bestaan van een bepaalde brief, met het oog op een eventueel op grond van artikel 382 onder c Rv te beginnen herroepingsprocedure. Volgens de Hoge Raad wijst het hof het verzoek terecht af omdat het hof – zo verstaat de Hoge Raad – heeft geoordeeld dat verzoeker geen belang heeft bij zijn verzoek om een voorlopig getuigenverhoor met het oog op een eventuele vordering tot herroeping, omdat die vordering geen kans van slagen heeft. Voor herroeping is vereist dat de aangevoerde grond voor herroeping (het bestaan van de beweerdelijk achtergehouden brief) pas na de eerdere procedure is ontdekt en redelijkerwijs niet eerder had kunnen worden ontdekt, en dat was hier niet het geval. Dat zaken als deze niet altijd zwart-wit liggen, blijkt uit het feit dat de A-G tot een andere conclusie kwam.⁷⁷

Een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht moet de rechter in beginsel toewijzen, mits het verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. HR 30 maart 2018⁷⁸ betreft een medische

68. ECLI:NL:HR:2018:1115, RvdW 2018/840.

69. De Hoge Raad verwijst in dat verband naar HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688, NJ 2015/158.

70. Voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, zie www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht.

71. Reacties zijn er onder andere van de

Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, Stibbe en Simmons & Simmons (www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht/reacties), de Hoge Raad (www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Publicaties/Paginas/default.aspx) en de NOvA (www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/40397).

72. Zie ook R.R. Verkerk, 'De modernisering

van het getuigenverhoor', *TCR* 2018/3, p. 76.

73. ECLI:NL:HR:2017:2904, NJ 2018/28 (*Stichting Beheer SNS REAAL/SRH en Staat*).

74. ECLI:NL:HR:2018:1433 (*Box Consultants/Staat*).

75. ECLI:NL:HR:2017:3250, NJ 2018/45 (*Bencis/X*).

76. ECLI:NL:HR:2018:727, NJ 2018/250 (*X./ABN AMRO*).

77. Zie ook afwijzing verzoek voorlopig deskundigenbericht hangende hoger beroep bij gebrek aan belang omdat voorvragen in eerste aanleg ontkennend zijn beantwoord en het voorsnng onduidelijk is of in appel terzake een ander oordeel zal worden gegeven: HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:685, RvdW 2018/570 (*X./Capgemini*), verwerping met art. 81 lid 1 RO.

78. ECLI:NL:HR:2018:482, NJ 2018/167 (*D./Stichting Maasstad Ziekenhuis*).

aansprakelijkheidskwestie met betrekking tot een operatie die is uitgevoerd bij een patiënt. In hoger beroep verzoekt de patiënt na het aanbrengen van de zaak een voorlopig deskundigenbericht om het professioneel handelen van de arts te beoordelen. Het hof wijst dit verzoek af omdat de vraagstelling in het verzoek niet ter zake dienend zou zijn. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk aangezien het deskundigenonderzoek wel degelijk betrekking heeft op de verwijten die de patiënt in de procedure aan zijn vorderingen tegen het ziekenhuis en de arts ten grondslag heeft gelegd. Het hof had het deskundigenbericht dus moeten toestaan.

Bewijslastverdeling en (passeren) bewijsaanbod

Gezien de werkdruk bij de gerechtshoven wekt het geen verbazing dat hoven proberen tijdrovende bewijsexercities zoveel mogelijk te vermijden. De Hoge Raad steekt daar een stokje voor in HR 22 december 2017.⁷⁹ Het betreft een geschil naar aanleiding van de oplevering van een bedrijfsruimte na beëindiging van de huurovereenkomst. In eerste aanleg heeft een plaatsopneming plaatsgevonden door de kantonrechter, wiens bevindingen zijn vastgelegd in een proces-verbaal. In hoger beroep neemt het hof die bevindingen tot uitgangspunt, maar miskent dat tegenbewijs is toegelaten en dat verhuurder heeft aangeboden tegenbewijs te leveren tegen de in het proces-verbaal neergelegde waarnemingen van de kantonrechter. Bovendien gaat het hof ten onrechte voorbij aan de inhoud van twee overgelegde rapporten omdat deze niet als inspectierapporten in de zin van de algemene voorwaarden kunnen worden aangemerkt. Die omstandigheid betekent echter niet dat aan die rapporten zonder meer kan worden voorbijgegaan.

HR 6 oktober 2017⁸⁰ betreft eveneens een huurkwestie, waarbij de vraag is of Cimba Management een ruimte in de Mega Yacht Mall op Sint Maarten al dan niet in gebruik heeft op grond van een huurovereenkomst. Wat betreft de bewijslastverdeling bevestigt de Hoge Raad dat degene die zich jegens de rechthebbende beroept op een recht om een goed te houden of te gebruiken, zoals een huurrecht, de stelplicht en bewijslast heeft met betrekking tot de feiten waaruit dat recht volgt. Het hof heeft dit niet miskend, maar heeft bewezen geacht dat Cimba Management de ruimte in gebruik heeft op grond van een huurovereenkomst. Het hof heeft echter ten onrechte een aanbod van de wederpartij tot het leveren van tegenbewijs gepasseerd.

Ook in HR 29 juni 2018⁸¹ passeert het hof ten onrechte een aanbod tot het leveren van tegenbewijs. De wettelijke bewijsregels zijn van overeenkomstige toepassing in procedures strekkende tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst. De werkgever draagt de bewijslast van de feiten en omstandigheden die hij aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd. Als de werknemer bewijs aanbiedt van door hem gestelde feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden, moet hij tot levering van dat tegenbewijs worden toegelaten.

Bewijswaardering

De waardering van bewijs is aan de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 152 lid 2 Rv). Volgens artikel 157 lid 2 Rv levert een onderhandse akte dwingend

bewijs op dat partijen hebben verklaard wat in de akte is vastgelegd en dat hetgeen is verklaard tussen partijen als waarheid geldt. HR 22 december 2017⁸² betreft de vraag of tussen partijen een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof oordeelt dat de onderhandse akte waarin afspraken tussen partijen zijn vastgelegd, geen dwingende bewijskracht heeft ten aanzien van de vraag of tussen partijen een koopovereenkomst tot stand is gekomen, omdat de akte zelf geen concrete, op koop en verkoop gerichte verklaring bevat. Daarmee heeft het hof niet de dwingende bewijskracht van de akte miskend, maar geoordeeld dat (de uitleg van) hetgeen partijen in de akte hebben verklaard,

Dit soort 'fouten' bij de waardering van het bewijs zal tot het verleden behoren als het concept-wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht tot wet wordt verheven

onvoldoende is om daaraan met dwingende bewijskracht de conclusie te verbinden dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof is terecht ervan uitgegaan dat het voor de dwingende bewijskracht van de akte aankwam op (uitleg van) alleen die akte zelf. Desondanks blijft het oordeel van het hof niet overeind, omdat het hof de akte geheel van het bewijs lijkt te hebben uitgesloten. Het hof had de akte wel moeten meewegen bij de bewijswaardering.

De waardering van het bewijs is ook niet vrij waar het de verklaring van een partijgetuige betreft. Een partijgetuigenverklaring kan in beginsel geen bewijs opleveren in het voordeel van de partij die de bewijslast draagt (artikel 164 lid 2 Rv). HR 6 oktober 2017⁸³ laat zien dat het bij de toepassing van deze regel in de praktijk nog wel eens mis gaat. Het hof miskent dat als sprake is van subjectieve cumulatie aan de kant van gedaagden, de ene gedaagde niet kan worden aangemerkt als partijgetuige in de zaak tegen de andere gedaagde(n). Dat de posities van de gedaagden nauw met elkaar zijn verweven, maakt dat niet anders omdat het geschilpunten betreft die ook in afzonderlijke gedingen hadden kunnen worden berecht. De achtergrond van deze regel is dat voorkomen moet worden dat een eiser door cumulatie van gedaagden een wederpartij tot partijgetuige kan 'devalueren'.⁸⁴ Dit soort 'fouten' bij de waardering van het bewijs zal overigens tot het verleden behoren als het conceptwetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht tot wet wordt verheven. Daarin wordt voorgesteld om de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring af te schaffen.

Exhibitie

Ter afwering van een exhibitieverzoek wordt nogal eens een beroep gedaan op de bepaling van artikel 843a lid 4 Rv die inhoudt dat geen recht op inzage bestaat als redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Betekent dit dat het inzagerecht een soort 'ultimum remedium' is dat pas kan worden ingezet als andere mogelijkheden tot bewijsvergaring zijn uitgeput? HR 29 september 2017⁸⁵ (over een vordering van telecomaandier Pretium tot afgifte van het volledige beeld- en geluidsmateriaal van een uitzending van Tros Radar, waarin met opnames van een verborgen camera Pretiums wijze van klantenwerving aan de kaak wordt gesteld) beantwoordt deze vraag ontkennend: in artikel 843a lid 4 Rv ligt niet in haar algemeenheid de eis besloten dat een vordering tot inzage in of afgifte van bescheiden slechts toegewezen is indien andere mogelijkheden om bewijs te vergaren zijn uitgeput of afwezig zijn. De afwijzingsgrond van artikel 843a lid 4 Rv moet worden toegepast in het licht van de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de belangen van de betrokken partijen. Daarbij kan gewicht toekomen aan de omstandigheid dat een andere wijze van vergaring van bewijs bezwaarlijker of minder effectief kan zijn. De Hoge Raad loopt hiermee in feite vooruit op de regeling van het inzagerecht in het concept-wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht. De afwijzingsgrond van artikel 843a lid 4 Rv keert niet terug in het voorgestelde artikel 149b Rv. Het inzagerecht is een van de mogelijkheden om bewijs te vergaren en komt op gelijke voet te staan met de overige bewijsverrichtingen, aldus de memorie van toelichting. Overigens strandt de vordering tot afgifte van Pretium alsnog op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit die besloten liggen in artikel 10 EVRM. Gezien het zwaarwegende belang van Tros bij bescherming van het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring had Pretium eerst de minder verstrekkende mogelijkheid van een getuigenverhoor moeten benutten, alvorens haar vordering op grond van artikel 843a Rv in te stellen.

In HR 16 maart 2018⁸⁶ wijst het hof een exhibitievordering af op grond van gewichtige redenen als bedoeld in artikel 843a lid 4 Rv. De vordering wordt ingesteld in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure die de moeder aanhangig heeft gemaakt tegen de gynaecoloog en het ziekenhuis omdat haar zoon na een bevalling door middel van een keizersnede is geboren met een dwarslaesie. De moeder vordert inzage in de medische analyse van een deskundige, die op verzoek van het ziekenhuis is opgesteld op basis van medische gegevens die betrekking hebben op de zoon. De moeder beroept zich daarbij op de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), omdat het zou

gaan om de verwerking van medische gegevens van de zoon, en dus om persoonsgegevens. De Hoge Raad stelt voorop dat de vordering van de moeder is gebaseerd op artikel 843a Rv en dus ook moet worden beoordeeld op basis van het toetsingskader van dat artikel, en niet op basis van dat van artikel 35 Wbp. Omdat de moeder geen inzage vordert in medische gegevens van de zoon, maar in een medische analyse die op basis van die gegevens is gemaakt op verzoek van het ziekenhuis, is de vordering van de moeder gericht op verkrijging van informatie ten behoeve van de aansprakelijkheidsprocedure en niet op het doel waartoe Richtlijn 95/46/EG (die door de Wbp is geïmplementeerd) strekt, namelijk controle van de juiste en rechtmatige verwerking van persoonsgegevens met het oog op rectificatie, uitwissing of afscherming van die gegevens. Het gaat hier dus niet om persoonsgegevens in de zin van die richtlijn. De moeder kan daarom aan de Wbp geen recht op verstrekking van de medische analyse ontleenen.

Rechtsmiddelen

Termijnen

Als een proceshandeling niet wordt verricht binnen de daarvoor gestelde termijn en geen uitstel kan worden verkregen, vervalt het recht om de proceshandeling te verrichten (artikel 133 lid 4 Rv). Het te laat indienen van een processtuk in hoger beroep kan verstrekkende consequenties hebben. Bij niet-dienen van grieven wordt de appellant immers niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep. Het is vaste rechtspraak dat een advocaat op grond van zijn deskundigheid en kennis zonder meer wordt geacht op de hoogte te zijn van de in de procedure geldende termijnen en van de verstrekkende gevolgen van overschrijding daarvan. Toch blijkt dat in het (ter)mijnenveld van de verschillende pilot- en procesreglementen van de gerechtshoven niet altijd even gemakkelijk.

In HR 6 oktober 2017⁸⁷ en HR 27 oktober 2017⁸⁸ is het pilotreglement van het Hof Amsterdam van toepassing, waarin slechts één termijn van zes weken voor het indienen van memories geldt. In beide zaken wordt verzuimd binnen die termijn van grieven te dienen. Conform eerdere rechtspraak van de Hoge Raad over de pilotreglementen⁸⁹ verleent het hof na het verstrijken van de initiële termijn een nadere termijn van twee weken voor het indienen van de memorie van grieven. Ook na die termijn wordt echter niet van grieven gediend, zodat niet-ontvankelijkverklaring volgt. In cassatie wordt tevergeefs aangevoerd dat de advocaat van appellant niet op de hoogte was (gesteld) van de toepasselijkheid van het pilotreglement en dat hij ervan uitging dat na een eerste termijn voor grieven een tweede termijn van vier weken zou worden gegeven. Zoals gezegd wordt een advocaat geacht op

79. ECLI:NL:HR:2017:3261, RvdW 2018/79 (X./Primus Ouwelfabriek).

80. ECLI:NL:HR:2017:2565, RvdW 2017/1063 (Marble House/Cimba Management).

81. ECLI:NL:HR:2018:1045, RvdW 2018/784 (X./Stichting Certe Laboratorium

voor Infectieziekten).

82. ECLI:NL:HR:2017:3263, NJ 2018/44 (Haanex/Reijngoudt).

83. ECLI:NL:HR:2017:2567, NJ 2018/143 (W. c.s./GE Artesia), m.nt. H.B. Krans.

84. Zie de conclusie van A-G Valk voor het arrest, nr. 2.28.

85. ECLI:NL:HR:2017:2518, NJ 2018/306 (Pretium/AVROTROS), m.nt. H.B. Krans.

86. ECLI:NL:HR:2018:365, RvdW 2018/360 (T./Stichting Waterlandziekenhuis).

87. ECLI:NL:HR:2017:2568, NJ 2017/396 (Stadegaard/ABN AMRO Bank).

88. ECLI:NL:HR:2017:2787, RvdW 2017/1175 (X./Gemeente Haarlem), cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

89. Zie onder meer HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1064, NJ 2015/210.

de hoogte te zijn van de geldende termijnen. Bovendien behoort het tot de taak van de advocaat zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken van de procedure door zelf het elektronisch roljournaal te raadplegen.

Toch blijkt het ook voor de gerechtshoven zelf niet altijd makkelijk de juiste termijnen toe te passen. Gelukkig is er dan de Hoge Raad om de zaak, zij het met enige vertraging, weer op de rails te zetten. In HR 16 maart 2018⁹⁰ is de vierde versie van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (Lpr) van toepassing. Op grond van artikel 2.15 Lpr heeft geïntimeerde recht op een uitstel van twee weken voor een antwoordakte, maar hij verzoekt in het H5-formulier onder verwijzing naar artikel 2.11 Lpr om een uitstel van zes weken. Het hof wijst het verzoek om uitstel af en beslist dat het recht op het nemen van een antwoordakte is vervallen. De Hoge Raad steekt hier een stokje voor. Op grond van het Lpr bestond aanspraak op een uitstel van twee weken zodat het recht om een antwoordakte te nemen niet verviel. Het verzoek van geïntimeerde om een uitstel van zes weken ex artikel 2.11 Lpr had het hof moeten aanmerken als een verzoek om een uitstel van twee weken ex artikel 2.15 Lpr. Om een rondje om de kerk te voorkomen, geeft de Hoge Raad voor het geding na verwijzing als spoorboekje mee dat op grond van artikel 10.2 van de inmiddels geldende achtste versie van het Lpr na verwijzing nog eenmaal een uitstel van twee weken kan worden verleend conform artikel 2.15 van de vierde versie.

In HR 13 april 2018⁹¹ ontspoort de procedure bij het hof door een wijziging van de dienstregeling. Bij aanvang van de procedure is de vierde versie van het Lpr van toepassing. Op grond van die versie verwijst het hof de zaak na twee aanhoudingen voor memorie van grieven naar een roldatum op een termijn van 53 weken. Op die roldatum is inmiddels de zevende versie van het Lpr in werking getreden, met een sterk gewijzigde (lees: strengere) uitstelregeling. Er wordt weer geen memorie van grieven genomen. Vervolgens verleent de rolraadsheer, conform de zevende versie, een uitstel van zes weken, ambtshalve peremptoir. De memorie van grieven wordt niet genomen en het hof verwerpt het beroep (lees: verklaart appellant niet-ontvankelijk). De Hoge Raad zet een streep door deze gang van zaken. Op grond van de overgangsbepaling in artikel 10.2 van de zevende versie wordt op de eerstvolgende roldatum na de invoering van de zevende versie nog eenmaal een regulier uitstel verleend conform de regeling in de voordien geldende versie, in dit geval de vierde versie. Gezien de ingrijpende wijzigingen in de zevende versie ten opzichte van de vierde versie (waaronder de ingevoerde ambtshalve handhaving van termijnen door het hof) brengt een redelijke en met de eisen van een goede procesorde strokende uitleg van de overgangsbepalingen mee dat na het verstrijken van de 53-weken-termijn niet alleen op grond van de vierde versie een (laatste) termijn van zes weken moet worden bepaald, maar dat ook de in de vierde versie aan die (laatste) termijn verbonden rechtsgevolgen van toepassing blijven. Het hof mocht daarom na het ongebruikt verstrijken van die termijn van zes weken niet ambtshalve beslissen dat het recht om die proceshandeling te verrichten, was vervallen. Ook hier helpt de Hoge Raad partijen voor het geding na verwijzing weer op weg. Inmiddels geldt name-

lijk de achtste versie van het Lpr. De overgangsregeling daarvan is gelukkig hetzelfde als in de zevende versie. Na verwijzing moet het hof toepassing geven aan de vierde versie. Mocht de zaak na het ongebruikt verstrijken van de voor grieven gegeven termijn ambtshalve worden doorgehaald en daarna weer (op verzoek van een van partijen) worden hervat, dan is de overgangsbepaling van de zevende of achtste versie 'uitgewerkt' en moet worden verder geprocedeerd volgens het dan geldende procesreglement.

Rechtsmiddeltermijnen zijn van openbare orde en moeten ambtshalve worden toegepast. In HR 6 juli 2018⁹² brengt dit mee dat de Hoge Raad voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep zelfstandig moet vaststellen of het verzoek om verlot tot tenuitvoerlegging van het Zwitserse vonnis in Nederland valt binnen de temporele reikwijdte van het Verdrag van Lugano 1988 (EVEX I) of van het Verdrag van Lugano 2007 (EVEX II). De Hoge Raad constateert dat het verzoek valt binnen de temporele reikwijdte van EVEX I. Artikel 5 van de wet tot uitvoering van het EEX-Verdrag, dat volgens de Uitvoeringswet EVEX I ook strekt tot uitvoering van EVEX I, kent een termijn voor cassatieberoep van een maand. Omdat het cassatieberoep niet binnen die termijn is ingesteld, is verzoekster niet-ontvankelijk.

Ook in andere gevallen bestaat soms onduidelijkheid over de toepasselijke termijn. In HR 8 december 2017⁹³ wordt cassatieberoep ingesteld tegen beslissingen van de rechter-commissaris op grond van artikel 267 en 268a Fw. Dergelijke beslissingen vallen echter onder het rechtsmiddelenverbod van artikel 282 Fw. Een wettelijk rechtsmiddelenverbod kan volgens vaste rechtspraak worden doorbroken op een van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden. De vraag is welke termijn dan geldt voor het instellen van een rechtsmiddel. Dat is volgens de Hoge Raad in beginsel de termijn die voor het instellen van het desbetreffende rechtsmiddel zou gelden als het rechtsmiddelenverbod zou ontbreken. Dat zou in de verzoekschriftprocedure drie maanden zijn (artikel 358 lid 2 Rv respectievelijk artikel 426 lid 1 Rv). In dit geval bestaat volgens de Hoge Raad echter reden uit te gaan van een termijn van acht dagen na de dag van de uitspraak voor zowel hoger beroep als cassatieberoep. Deze kortere termijn geldt ook voor gevallen waar titel II van de Faillissementswet wel in rechtsmiddelen voorziet en past bij het spoedeisende karakter van dergelijke zaken.

Onduidelijkheid over de lengte van de rechtsmiddeltermijn doet zich ook voor in HR 6 april 2018.⁹⁴ Daarin wordt cassatieberoep ingesteld tegen een beschikking van de rechtbank waarbij op de voet van artikel 3:159ij Wet op het financieel toezicht (Wft) het overdrachtsplan is goedgekeurd en de overdrachtsregeling is uitgesproken. Op grond van artikel 3:159aa lid 2 Wft staat tegen een dergelijke toewijzende beschikking geen hoger beroep open. De Hoge Raad stelt allereerst vast dat aangezien de Wft geen bepaling bevat die cassatieberoep uitsluit, uit artikel 398 Rv volgt dat daartegen wel cassatieberoep openstaat. De vraag is vervolgens binnen welke termijn dat cassatieberoep moet worden ingesteld. Aangezien de wet geen bijzondere termijn bevat, zou op grond van artikel 426 lid 1 Rv een termijn van drie maanden gelden. De Hoge Raad ziet echter aanleiding om voor artikel 3:159ij Wft uit te gaan van een termijn van veertien dagen. Dit past in het

stelsel van de wet en sluit aan bij de termijn van artikel 3:191 lid 6 Wft. Hoewel het cassatieberoep niet binnen deze termijn is ingesteld, blijft niet-ontvankelijkverklaring achterwege omdat in dit geval onzekerheid heeft kunnen bestaan over de termijn voor het instellen van cassatieberoep en het beroep wel binnen de gewone termijn van drie maanden is ingesteld.

Ontvankelijkheid

HR 16 februari 2018⁹⁵ laat zien dat de deformaliseringstendens in het civiele procesrecht nog immer gaande is. De Hoge Raad beslist dat het bij de beantwoording van de vraag tegen welke uitspraak een rechtsmiddel wordt ingesteld, aankomt op hetgeen een verweerder dienaangaande redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Het gaat in dit geval om twee gevoegde zaken waarin identieke vorderingen zijn ingesteld, waarna het hof in één arrest uitspraak heeft gedaan. In de procesinleiding in cassatie wordt echter slechts een van de twee zaaknummers vermeld. Verweerders in cassatie bepleiten vervolgens tevergeefs de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep in de zaak waarvan het zaaknummer in de procesinleiding niet is vermeld. Bij verweerders kan er redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat het ontbreken van het zaaknummer van de andere zaak in de procesinleiding op een vergissing berust. De ingestelde vorderingen zijn namelijk in beide zaken identiek, het hof heeft beslissingen gegeven die voor beide zaken gelden, in de procesinleiding is geen enkele aanwijzing te vinden dat de bedoeling was alleen in de ene zaak cassatieberoep in te stellen, en bovendien zouden eisers tot cassatie daarvan slechts nadeel onder vinden. Het cassatieberoep betreft dus beide zaken.

Een beroepschrift moet worden ingediend door een advocaat. Als dit ten onrechte niet gebeurt, biedt de rechter volgens artikel 281 Rv aan de verzoeker de gelegenheid om dit verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn te herstellen. Volgens HR 16 februari 2018⁹⁶ moet herstel van het verzuim als bedoeld in artikel 281 Rv in hoger beroep op dezelfde manier geschieden als in cassatie,⁹⁷ namelijk doordat een exemplaar van het oorspronkelijk ingediende verzoekschrift wordt ondertekend en ingediend door een (cassatie)advocaat. Het door de advocaat ingediend

de beroepschrift moet dan wel gelijk zijn aan het oorspronkelijk ingediende beroepschrift. Omdat dat in deze zaak niet het geval was, heeft het hof de appellante ten onrechte ontvankelijk verklaard in zijn beroep.

Soms zijn partijen zelf mede debet aan de complexiteit van het procederen in appel. In HR 24 november 2017⁹⁸ wijst de rechtbank in een procedure tussen Postema en Invinco een eerste tussenvonnis waarin verlof wordt verleend voor tussentijds beroep. Invinco stelt beroep in, maar maakt daarvan in eerste aanleg geen melding en daar wordt dan ook doorgeprocedeerd. Dat leidt tot een tweede tussenvonnis. In het hoger beroep stelt Postema vervolgens bij memorie van antwoord ook incidenteel appel in tegen dat tweede tussenvonnis en wijzigt hij zijn eis. Het hof verwerpt bij tussenarrest een door Invinco opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het incidenteel appel tegen het tweede tussenvonnis en ook het bezwaar van Invinco tegen eiswijziging. Bij eindarrest vernietigt het hof beide tussenvonnissen van de rechtbank en beslist het hof de zaak zelf. De Hoge Raad moet eraan te pas komen om weer orde in deze chaos te scheppen. Hoger beroep tegen een tussenvonnis kan op grond van artikel 337 lid 2 Rv slechts worden ingesteld tegelijk met dat tegen het eindvonnis, tenzij de rechter die het vonnis heeft gewezen anders heeft bepaald. Is na daartoe verkregen verlof appel ingesteld tegen een tussenvonnis, dan kunnen ook eerdere tussenvonnissen in het hoger beroep worden betrokken. Dit geldt echter niet voor latere tussenvonnissen. Voor tussentijds hoger beroep tegen zo'n later tussenvonnis moet (binnen de appeltermijn) afzonderlijk verlof worden gevraagd. Ook de eisen van een goede procesorde rechtvaardigen de door het hof toegestane doorbreking van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen niet. De rechtszekerheid staat eraan in de weg dat de appelrechter hierop een uitzondering maakt. Het hof had Postema daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren in zijn beroep tegen het tweede tussenvonnis. De eiswijziging van Postema in hoger beroep wordt hierdoor echter niet getroffen, omdat die eiswijziging de vordering als zodanig betreft en valt aan te merken als een grief tegen ook het eerste tussenvonnis. Aangezien het hof het verzet tegen de eiswijziging heeft afgewezen (en die afwijzing op grond van artikel 130 lid 2 Rv in cassatie onaantastbaar is), moet het bij de beoordeling van het hoger beroep uitgaan van de gewijzigde eis. Nu het hof de tussenvonnissen vernietigt, is artikel 356 Rv toepasselijk, dat de appelrechter toestaat de zaak aan zich te houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen. Het al dan niet gebruikmaken van de bevoegdheid van artikel 356 Rv is overgelaten aan het beleid van de appelrechter en leent zich niet voor toetsing in cassatie.

De bevoegdheid van de appelrechter om de zaak aan zich te houden speelt ook in HR 15 december 2017.⁹⁹ Als de beschikking op een deelgeschilverzoek eindbeslissingen

HR 16 februari 2018 laat zien dat de deformaliseringstendens in het civiele procesrecht nog immer gaande is

90. ECLI:NL:HR:2018:364, NJ 2018/155 (B./G.).

91. ECLI:NL:HR:2018:596, NJ 2018/213 (T./Stichting Mitros).

92. ECLI:NL:HR:2018:1099, RvdW 2018/838 (X./Fratelli Roda).

93. ECLI:NL:HR:2017:3110, NJ 2018/13 (X./Poorthuis en Dekker q.q.).

94. ECLI:NL:HR:2018:538, RvdW 2018/446 (Conservatrix Groep/De Nederlandsche Bank).

95. CLI:NL:HR:2018:221, NJ 2018/103

(Promneftstroy/Yukos Finance).

96. ECLI:NL:HR:2018:219, NJ 2018/102.

97. Waarover HR 10 juli 2009, NJ 2010/212, m.nt. H.J. Snijders.

98. ECLI:NL:HR:2017:3018, NJ 2018/212 (Invinco/Postema), m.nt. A.I.M. van Mierlo.

99. ECLI:NL:HR:2017:3142, NJ 2018/209

(Nationale Nederlanden/X.).

bevat, staat daartegen op grond van artikel 1019cc lid 3 Rv tussentijds hoger beroep open in de procedure ten principale, mits de rechter in eerste aanleg daartoe verlof heeft verleend. Een uitspraak in het hoger beroep tegen een deelgeschilbeschikking dat (met verlof van de rechter in eerste aanleg) is ingesteld op de voet van artikel 1019cc lid 3 sub a Rv, is een tussenuitspraak, tenzij het hof, in geval van bekrachtiging, de zaak zelf heeft afgedaan (artikel 355 Rv). Een hoger beroep dat op de voet van artikel 1019cc lid 3 Rv is ingesteld, heeft te gelden als een tussentijds hoger beroep in de procedure ten principale. Daarom heeft het hof ook bij vernietiging van een deelgeschilbeschikking de bevoegdheid de zaak aan zich te houden (artikel 356 Rv).

Rechtsmiddelenverbod en doorbreking

In HR 4 mei 2018¹⁰⁰ wordt tevergeefs geprobeerd het rechtsmiddelenverbod van artikel 29 lid 5 Bopz te doorbreken. Dit rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken als wordt geklaagd over het niet in acht nemen van een essentiële waarborg voor het grondrecht op vrijheid. In dit geval wordt geklaagd dat de rechtbank in strijd met artikel 30p lid 1 Rv mondeling uitspraak heeft gedaan nu de officier van justitie niet ter zitting aanwezig was en dus niet alle partijen op de mondelinge behandeling zijn verschenen. Volgens de Hoge Raad betreft dit niet een essen-

Hoog tijd voor een eenvoudiger appelprocesrecht

tiële waarborg voor het grondrecht op vrijheid. De enkele klacht dat een wettelijke regel niet in acht is genomen, is volgens vaste rechtspraak onvoldoende voor doorbreking van een rechtsmiddelenverbod. Dat geldt in beginsel ook indien het gaat om vrijheidsbeneming en het (dus) een regel betreft die onderdeel is van een wettelijk voorgescreven procedure als bedoeld in artikel 5 lid 1 EVRM.

Hoger beroep

Naar aanleiding van een verzoek van Tweede-Kamerlid Van Oosten (VVD) heeft minister Dekker (Rechtsbescherming) aangegeven te gaan onderzoeken of het mogelijk is de verplichte procesvertegenwoordiging bij kantonzaken in hoger beroep af te schaffen.¹⁰¹ Zolang het appelprocesrecht niet wordt vereenvoudigd, laat de uitkomst van dit onderzoek zich wat ons betreft raden. Ook het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad zich weer meer dan eens moeten buigen over het grievensstelsel, de devolutieve werking, de tweeconclusieregel, het verbod van reformatio in peius, en ga zo maar door. Als de hoven hiermee nog regelmatig de mist in gaan, hoe kunnen we dan van de gewone burger verwachten dat hij in hoger beroep zijn eigen boontjes dopt? Hoog tijd dus voor een eenvoudiger appelprocesrecht.¹⁰²

Om maar met de 'schrik van menig raadsheer'¹⁰³ te beginnen: in HR 27 oktober 2017¹⁰⁴ gaat het hof de fout in met de devolutieve werking. De positieve zijde daarvan houdt in dat in eerste aanleg door geïntimeerde aan de orde gestelde, maar destijds buiten behandeling gelaten

of verworpen stellingen of weren, (alsnog) ambtshalve door de appelrechter moeten worden behandeld, voor zover deze door gegrondbevinding van een grief van appelland relevant worden voor de bepaling van het uiteindelijk dictum in appel. In eerste aanleg heeft de rechter de vorderingen van Encare grotendeels afgewezen op grond van een door de wederpartij gestelde verrekeningsafspraken. Als in hoger beroep succesvol wordt gegriefd tegen de verrekeningsafspraken en daardoor een in eerste aanleg gevoerd, maar niet behandeld verweer relevant wordt waarbij een beroep is gedaan op een kwijtingsovereenkomst, moet het hof de stellingen gebaseerd op de kwijtingsovereenkomst dus ambtshalve beoordelen. Dat heeft het hof ten onrechte niet gedaan.

Gezien de rechtspraak over de tweeconclusieregel en de uitzonderingen en nuanceringen daarop valt het de hoven nauwelijks kwalijk te nemen, maar in HR 6 oktober 2017¹⁰⁵ past het hof de 'in beginsel strakke regel' iets te strak toe. In het kader van een door de bank ingestelde vordering bestaat tussen de bank en een klant een geschil over de hoogte van bepaalde liquidatiesaldi. In hoger beroep veroordeelt het hof de bank op grond van artikel 843a Rv tot overlegging van bankafschriften die volgens het hof behulpzaam kunnen zijn om vast te stellen of de liquidatiesaldi juist zijn berekend. Als de klant aan de hand van die bankafschriften vervolgens bij pleidooi bepaalde bezwaren aanvoert tegen de eerder door de bank berekende liquidatiesaldi, verwierpt het hof die bezwaren als tardief, omdat deze in strijd met de tweeconclusieregel bij pleidooi naar voren zijn gebracht. Daar zet de Hoge Raad een streep door. Er geldt geen algemene regel dat een procespartij gehouden is om voorafgaand aan een pleidooi te verzoeken een akte te mogen nemen voor een reactie op pas na haar memorie van grieven gebleken feiten.

Tot de aanvaarde uitzonderingen op de tweeconclusieregel behoort het geval dat de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat een nieuw verweer alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken. Die toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te worden gegeven, maar kan ook besloten liggen in verklaringen of gedragingen van een partij, bijvoorbeeld als een partij zonder voorbehoud ingaat op een na de memorie van grieven of antwoord naar voren gebrachte grief of verweer. De tweeconclusieregel geldt ook niet als onverkorte toepassing in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. In HR 22 december 2017¹⁰⁶ oordeelt de Hoge Raad dat het hof klaarblijkelijk de omstandigheid dat verweerder bij pleidooi op het nieuwe verweer van eiser heeft gereageerd, niet heeft opgevat als een dergelijke ondubbelzinnige toestemming, waarbij het in zijn beoordeling heeft betrokken dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn het nieuwe standpunt van eiser te onderzoeken.

Appelprocesrecht voor gevorderden wordt het in HR 6 juli 2018.¹⁰⁷ Ook in die zaak past het hof de tweeconclusieregel verkeerd toe, maar moet de Hoge Raad uiteindelijk in een overweging ten overvloede uitleggen hoe het wel had moeten. Exact Dynamics (ED) vordert bij memorie van grieven in principaal appel van Siza betaling van bepaalde onderhoudstermijnen. Bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, beroept Siza zich op verjaring. ED stelt bij pleidooi in hoger beroep dat de verjaring is gestuit. Volgens het hof is

Volgens het jaarverslag loopt het digitaal procederen in cassatie, anders dan bij de rechtbanken, gesmeerd: het systeem wordt door de cassatiebalie gewaardeerd om zijn betrouwbaarheid, gebruiksgemak en snelheid

dat, gezien de tweeconclusieregel, te laat en had ED bij memorie van antwoord in het incidenteel appel op het verjaringsberoep moeten reageren. Het hof honoreert daarom het beroep op verjaring. In cassatie klaagt ED dat het hof heeft miskend dat hier een uitzondering op de tweeconclusieregel (ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij) gerechtvaardigd was. Deze klacht faalt (van ondubbelzinnige toestemming blijkt niet uit de processtukken), maar het oordeel van het hof dat de reactie op het verjaringsberoep niet tijdig was, is volgens de Hoge Raad wel om een andere reden onjuist. Het beroep op verjaring moet worden beschouwd als een verweer in het principale beroep. Daaraan doet niet af dat het beroep op verjaring mede is opgenomen in de toelichting op een incidentele grief. Het incidentele beroep neemt processueel in beginsel een zelfstandige positie in ten opzichte van het principale beroep. De memorie van antwoord in het incidentele beroep biedt de geïntimeerde in dat beroep (ED) dan ook geen gelegenheid om te reageren op in het principale beroep (door *Siza*) gevoerde, nieuwe verweren. In het principale beroep is het pleidooi daarvoor de eerste gelegenheid. ED heeft zich dus wel tijdig op de stuiting beroepen. De Hoge Raad vernietigt het arrest vervolgens op een ander punt en doet de zaak zelf af.

Ook de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep zijn kennelijk niet altijd evident. In HR 22 december 2017¹⁰⁸ gaat het hof zijn boekje te buiten door de partneralimentatie in hoger beroep op nihil te stellen terwijl de man had verzocht de alimentatie op € 150 te stellen en de vrouw had aangesloten bij het door de rechtbank vastgestelde bedrag van € 848. De rechtsstrijd in hoger beroep strekt zich dus uit van € 150 tot € 848.

Het verbod van reformatio in peius houdt kort gezegd in dat een appelland niet slechter kan worden van zijn eigen appel. Dat verbod is onderwerp van twee uitspraken van de Hoge Raad van 13 juli 2018. De eerste zaak¹⁰⁹ betreft verdeling van een huwelijksgemeenschap waarbij in eerste aanleg de onderneming van de vrouw aan haar en de onderneming van de man aan hem zijn toegedeeld, telkens tegen verrekening van de helft van de waarde ervan. Alleen de man grieft hiertegen in hoger beroep. Het hof handhaaft de verdeling, echter zonder de verrekening omdat het hof de waarde van de ondernemin-

gen niet kan vaststellen. Dat levert een schending van het verbod van reformatio in peius op. Gezien de onbekendheid van de waarde van de ondernemingen kan immers niet worden uitgesloten dat de beslissing in hoger beroep een verslechtering voor de man inhoudt ten opzichte van de beslissing van de rechtbank. In de tweede zaak¹¹⁰ wordt in cassatie geklaagd dat het hof het verbod van reformatio in peius heeft geschonden door het bedrag van een contractuele boete in appel op een lager bedrag te stellen dan was toegewezen door de rechtbank. Deze klacht gaat in dit geval echter niet op, omdat de wederpartij incidenteel beroep had ingesteld en daarin eveneens had geklaagd over de hoogte van de boete. Het geschil over de hoogte van de boete lag daardoor in volle omvang aan het hof voor. Desondanks sneuvelt het arrest van het hof, omdat het hof op een ander punt de grenzen van de rechtsstrijd heeft overschreden dan wel een onbegrijpelijke uitleg aan een grief heeft gegeven.

Cassatie

Inmiddels wordt in civiele vorderingszaken bij de Hoge Raad alweer ruim anderhalf jaar verplicht digitaal gecedeerd. Volgens het jaarverslag loopt het digitaal procederen in cassatie, anders dan bij de rechtbanken, gesmeerd: het systeem wordt door de cassatiebalie gewaardeerd om zijn betrouwbaarheid, gebruiksgemak en snelheid. Ook op andere vlakken is de Hoge Raad digitaal op dreef: een deel van het jaarverslag bestaat niet uit tekst, maar uit filmpjes waarin de hoofdlijnen van het jaarverslag worden toelicht.¹¹¹ De rechtsontwikkeling en het bewaken en bevorderen van de rechtseenheid worden nog steeds beschouwd als primaire taken van de Hoge Raad. Het jaarverslag besteedt ook aandacht aan de verhouding tussen rechter en wetgever. In relatie tot wetgeving heeft de Hoge Raad onder meer een adviesrol vooraf. Zo bracht de Hoge Raad in 2018 bijvoorbeeld advies uit naar aanleiding van het concept-wetsvoorstel modernisering bewijsrecht. Daarnaast is de Hoge Raad in 2017 structureler melding gaan maken van geconstateerde onvolkomenheden in wetgeving. In 2017 heeft de Hoge Raad in 14 arresten een signaal richting de wetgever gegeven, waaronder twee arresten die betrekking hebben op de KEI-wetgeving.¹¹² Vermelding verdient nog

100. ECLI:NL:HR:2018:684, RvdW 2018/593 (X./Officier van Justitie).

101. Zie www.advocatenblad.nl/2018/04/25/vvd-geen-advocaat-in-hoger-beroep-na-kantonzaak/.

102. Zie ook J.W. Alt, 'Na een reset van KEI ook een reset voor het burgerlijk proces-

recht in vorderingszaken?', *NJB* 2018/1759, afl. 33.

103. A. Hammerstein, 'Appelrechtens kunnen van elkaar leren', *TCR* 2014/3, p. 71.

104. ECLI:NL:HR:2017:2790, RvdW 2017/1177 (X./Encare Arbozorg).

105. ECLI:NL:HR:2017:2567, *NJ* 2018/143

(W. c.s./GE Artesia), m.nt. H.B. Krans.

106. ECLI:NL:HR:2017:3238, *NJ* 2018/31 (K./Jonkers Events).

107. ECLI:NL:HR:2018:1097, *NJ* 2018/318 (Exact Dynamics/Stichting Siza).

108. ECLI:NL:HR:2017:3266, RvdW 2018/87.

109. ECLI:NL:HR:2018:1211, *NJ* 2018/343.

110. ECLI:NL:HR:2018:1174, RvdW 2018/904.

111. <https://jaarverslaghogeraad.nl/>.

112. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2628 en

ECLI:NL:HR:2017:2629.

dat de Hoge Raad conclusies eerder is gaan publiceren. Voorheen werden die pas openbaar op het moment dat de Hoge Raad uitspraak deed, maar per 1 januari 2018 worden conclusies in civiele zaken gepubliceerd na het verstrijken van de zogenoemde Borgerstermijn (twee weken na het nemen van de conclusie).

Van de cijfers in het jaarverslag valt vooral het geringe aantal artikel 80a-afdoeningen in 2017 op: dat waren er slechts twee, tegenover 65 in 2016. De oorzaak van deze daling wordt gevonden in het feit dat in cassatie bijstand door een gespecialiseerde cassatieadvocaat verplicht is. Die verplichte bijstand brengt mee dat niet-ontvankelijk-verklaring volgt als een verzoekschrift niet is ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad en dit verzuim niet binnen twee weken wordt hersteld door het verzoekschrift ondertekend en wel opnieuw in te dienen.¹¹³ Bij uitzondering maakt de wet mogelijk dat het geven van een mondelinge of schriftelijke toelichting of het indienen van een Borgersbrief in cassatie plaatsvindt door een andere advocaat, die geen advocaat bij de Hoge Raad hoeft te zijn, maar dan moet zich wel een advocaat bij de Hoge Raad hebben gesteld. Als de gestelde advocaat de aantekening 'advocaat bij de Hoge Raad' verliest, kan hij de door hem aanhangig gemaakte zaak niet verder behandelen. Hij kan dan dus ook geen wrakingsverzoek meer indienen.¹¹⁴

Na cassatie en verwijzing is uitgangspunt dat de verwijzingsrechter de zaak behandelt in de stand waarin deze zich bevond toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen. De rechter is daarbij gebonden aan de in die uitspraak gegeven beslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden. In het geding na verwijzing is daarom geen plaats voor het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden. Volgens HR 13 juli 2018¹¹⁵ laat dit echter onverlet dat partijen zich (binnen de grenzen van de rechtsstrijd) mogen beroepen op feiten en omstandigheden die zich na de vernietigde uitspraak hebben voorgedaan, en dat de verwijzingsrechter die in zijn beoordeling moet betrekken. Voorkomen moet immers worden dat het geschil zou worden beslist aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken gegevens.

HR 18 mei 2018¹¹⁶ maakt duidelijk dat de vernietiging van een uitspraak door de Hoge Raad niet alleen de in die uitspraak voorkomende beslissingen treft die in cassatie met succes zijn bestreden, maar ook meebrengt dat alle beslissingen die daarop voortbouwen of daarmee onverbrekkelijk samenhangen, zoals de beslissing over de proceskosten, hun kracht verliezen omdat daaraan de grondslag is ontvallen. Een verwijzingshof moet dus de proceskosten van het appel opnieuw begroten, zowel de kosten van proceshandelingen van voor als die van na de cassatieprocedure. Van een voorwaardelijke vernietiging op het punt van de proceskosten is geen sprake, ook niet als het verwijzingshof met betrekking tot het punt waarop is vernietigd tot dezelfde beslissing komt als het hof voor cassatie.

In het onteigeningsgeding staat geen cassatieberoep open van een tussenuitspraak, behalve voor zover daarbij de onteigening is uitgesproken, een voorschot is bepaald of uitspraak is gedaan over de schadeloosstelling. Gezien het stelsel van de Onteigeningswet en de aard van het onteigeningsgeding bestaat voor het hof geen ruimte om tussentijds cassatieberoep toe te staan.¹¹⁷

Beslag- en executierecht

Op 7 juni 2018 ging het wetsvoorstel herziening van het beslag- en executierecht in consultatie. Dat lang verwachte voorstel heeft tot (terechte) kritiek geleid,¹¹⁸ maar bevat ook zeker een aantal gewenste aanpassingen van het huidige systeem. De gepretendeerde 'herziening' is echter een gemiste kans: hoewel aan een daadwerkelijke herziening van het beslagrecht al geruime tijd behoefte bestaat, voorziet het huidige wetsvoorstel alleen in de meest noodzakelijke aanpassingen. De wetgever heeft bij de voorgestelde aanpassingen drie uitgangspunten voor ogen: (i) borging van het bestaansminimum van schuldenaren, (ii) effectieve en efficiënte beslaglegging, en (iii) beslaglegging mag niet worden ingezet als pressiemiddel.¹¹⁹ Het eerste uitgangspunt vindt zijn weg in onder meer de voorgestelde introductie van een beslagvrije voet bij een (ten laste van natuurlijke personen) gelegd bankbeslag.¹²⁰ Hoewel dat voorstel voorkomt dat schuldeisers de beslagvrije voet bij inkomensbeslag omzeilen door beslag op bankrekeningen te leggen, slaat in dit voorstel de balans ons inziens teveel door ten gunste van de schuldenaar. Zo kan een schuldenaar vermogen blokkeren voor verhaal van schuldeisers door dat te spreiden over verschillende bankrekeningen, waarvoor steeds de beslagvrije voet geldt. Verder moderniseert het wetsvoorstel het regime van beslagverboden op roerende zaken, dat al sinds 1838 geldt. Onder het beslagverbod vallen alle zaken die de schuldenaar redelijkerwijs nodig heeft voor de persoonlijke verzorging en de algemene dagelijkse levensbehoefte, zoals anno 2018 ook een fiets, een mobiele telefoon en een computer. Het beslagverbod kent zijn grens bij 'bovenmatige zaken' (in waarde of aantal). De praktische bezwaren die daar opdoemen zijn evident. Hopelijk zal het uiteindelijke voorstel in een verduidelijking voorzien.

Het tweede uitgangspunt, effectieve en efficiënte beslaglegging, heeft vorm gekregen in een aantal gewenste voorstellen, waaronder de mogelijkheid voor de deurwaarder om vooraf bij banken na te gaan of een schuldenaar daar een rekening aanhoudt – waarmee de gebruikelijke stortvloed aan bankbeslagen wordt aangepakt. Veel minder doordacht lijkt het derde uitgangspunt dat beslaglegging niet mag worden ingezet als pressiemiddel. Het voorstel komt erop neer dat beslag niet is toegestaan indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat de opbrengst minder zal zijn dan de kosten van beslaglegging en executie. Dit voorstel kan ook in de literatuur terecht op weinig steun rekenen. Het wetsvoorstel gaat eraan voorbij dat beslag als pressiemiddel niet zonder meer ongeoorloofd is,¹²¹ en dat ons huidige systeem al waarborgen kent tegen misbruik van recht.¹²² Bovendien legt het wetsvoorstel een onredelijke en onwerkbare last en verantwoordelijkheid bij de deurwaarder. Hoewel in de toelichting wordt onderkend dat de afweging om al dan niet beslag te leggen bij de schuldeiser ligt, wordt ook opgemerkt dat de deurwaarder, op straffe van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid, zijn dienst moet weigeren als de verwachte executieopbrengst niet opweegt tegen de beslag- en executiekosten.¹²³ Gemakshalve wordt over het hoofd gezien dat de deurwaarder ook aansprakelijk kan zijn als hij zijn dienst weigert. De deurwaarder wordt daarmee *de facto* in een onmogelijke positie geplaatst. De consultatie voor het wetsvoorstel is inmid-

dels gesloten. Hopelijk wordt het voorstel op de nodige punten nog aangepast. De wetgever zou er daarbij goed aan doen zich te laten inspireren door de suggesties van wetenschappers en praktijkjuristen voor een daadwerkelijke en algehele herziening van het beslagrecht in het eerdere te verschijnen *Compendium Beslag- en executierecht*.¹²⁴

In HR 22 september 2017¹²⁵ staat de bevoegdheidsverdeling tussen de dwangsomrechter en de executierechter centraal. Een schuldenaar wordt op vordering van zijn schuldeiser veroordeeld tot afgifte van een aantal roerende zaken, op straffe van een dwangsom. Vervolgens legt een derde ten laste van de schuldeiser executoriaal derdenbeslag onder de schuldenaar op onder meer die roerende zaken. De schuldenaar kan daardoor niet aan de veroordeling tot afgifte voldoen. De schuldeiser wenst de dwangsom in te vorderen, maar de schuldenaar meent dat het beslag daaraan in de weg staat. Het komt tot een executiekortgeding. In hoger beroep oordeelt het hof dat gezien artikel 611d Rv (niet de executierechter maar) de dwangsomrechter exclusief bevoegd is, aangezien de schuldenaar zich beroept op de (in dat artikel besloten liggende) situatie dat hij in de onmogelijkheid verkeert aan de hoofdveroordeling te voldoen. De Hoge Raad ziet dat anders en vernietigt. Artikel 6:62 BW brengt mee dat een schuldeiser geen executiemaatregelen mag treffen gedurende schuldeisersverzuim. Een schuldenaar kan om die reden gedurende het verzuim ook geen dwangsommen verbeuren. Dat maakt de executierechter in dit geval wel degelijk bevoegd. Het gaat immers niet om een (op onmogelijkheid gebaseerde) opheffing of vermindering van de dwangsom als bedoeld in artikel 611d Rv, maar om de daaraan voorafgaande vraag of de schuldeiser de veroordeling waaraan de dwangsom is verbonden, mag executeren. Deze complexe uitkomst vereist de nodige oplettendheid bij procedures over de executie van dwangsommen.

HR 25 mei 2018¹²⁶ betreft de vraag of de eis in de hoofdzaak tijdig is ingesteld. De hoofdzaak is *ex parte*, door indiening van een *amended claim form*, in Engeland ingeleid. Betekening heeft acht maanden later plaatsgevonden (na het verstrijken van de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak). Volgens het hof staat het *ex parte*-karakter van de indiening van het *amended claim form* eraan in de weg dat dit (naar Nederlands recht) als het instellen van de eis in de hoofdzaak wordt aangemerkt. De Hoge Raad denkt daar anders over. Het

Deze complexe uitkomst vereist de nodige oplettendheid bij procedures over de executie van dwangsommen

begrip eis in de hoofdzaak in artikel 700 lid 3 Rv moet ruim worden uitgelegd. De eis in de hoofdzaak kan ook een procedure in het buitenland zijn. Voor het moment waarop de eis in de hoofdzaak is ingesteld, is niet bepalend wanneer de wederpartij van de hoofdzaak op de hoogte is geraakt, maar het moment waarop de procedure in de hoofdzaak aanhangig is. Aan het ingesteld zijn van de eis in de hoofdzaak staat niet in de weg dat de procedure een 'ex parte'-karakter heeft. Ook in Nederland kan een zaak aanhangig zijn door de indiening van een inleidend processtuk zonder dat dit de wederpartij heeft bereikt (zoals bij verzoekschriftprocedures of een procesinleiding onder KEI). Voor gevallen waarin de eis in de hoofdzaak wordt ingesteld in het buitenland, wordt het tijdstip van de aanhangigheid bepaald door het desbetreffende buitenlandse recht.

Tot slot is ook de beslagsyllabus weer aangepast.¹²⁷ Hoewel dit normaal gesproken een jaarlijks fenomeen is, is de beslagsyllabus deze kroniekperiode twee keer gewijzigd, in november en – zoals gebruikelijk – in augustus. De wijzigingen hebben met name betrekking op artikel 728 Rv en artikel 507b Rv.

Arbitrage

De behoefte aan snelle(re) en flexibele(re) geschiloplossing verklaart de toenemende populariteit van alternatieve vormen van geschillenbeslechting zoals arbitrage, mediation en bindend advies. Met name voor standaardgeschillen met een beperkt financieel belang is de procedure bij de overheidsrechter de afgelopen jaren onaan trekkelijker geworden door relatief hoge griffierechten en lange doorlooptijden. Private initiatieven zoals e-Court hebben daardoor een snelle groei gekend. Inmiddels blijkt het gras van de alternatieve geschillenoplossing niet altijd groener. Met name e-Court kreeg begin dit jaar de wind van voren.¹²⁸ Er rezen twijfels of de arbitrageprocedure bij e-Court wel met voldoende waarborgen is omkleed. Door de korte termijnen kan hoor en wederhoor

113. HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:821, RvdW 2018/661;

HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2558, RvdW 2017/1065; en ECLI:NL:HR:2017:2557, RvdW 2017/1066.

114. HR 3 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2806, RvdW 2017/1179.

115. ECLI:NL:HR:2018:1216, RvdW 2018/909 (*Crossen q.q./Provincie Fryslân*). De regels gelden ook in een onteigeningsgeding, zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1221, NJ 2018/340 (A./Staat).

116. ECLI:NL:HR:2018:728, RvdW 2018/625.

117. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1221, NJ 2018/340 (A./Staat).

118. Onder meer: N.W.M. van den Heuvel, S.J.W. van der Putten & M.R. van Zanten, 'Consultatie Herziening Beslag- en Executierecht', *BER* 2018/5, p. 16-28 en www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagen-executierecht/reacties.

119. Memorie van toelichting Herziening van het beslag- en Executierecht, p.1.

120. Overigens wordt het vaststellen van

de beslagvrije voet vergemakkelijkt met de Wet vereenvoudiging beslagvrije voet en het ter uitvoering daarvan voorgestelde Besluit beslagvrije voet, die naar verwachting in 2019 in werking zullen treden.

121. Vergelijk HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7106.

122. Denk aan de mogelijkheid opheffing van beslag te vorderen ex artikel 705 Rv en het gegeven dat executie alleen mogelijk is nadat een vonnis is verkregen.

123. Memorie van toelichting Herziening van het beslag- en Executierecht, p. 29.

124. S. van der Putten & M. van Zanten,

Compendium Beslag- en executierecht, Den Haag: Sdu 2018.

125. ECLI:NL:HR:2017:2455, RvdW 2017/979.

126. ECLI:NL:HR:2018:773, RvdW 2018/627, *NJB* 2018/1106.

127. www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Beslagsyllabus.pdf.

128. Zie o.a. www.groene.nl/artikel/vonniste-koop, <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2212374-robotrechter-e-court-is-een-groot-en-niet-transparant-zwart-gat.html>.

in het gedrang komen. Bovendien is het instituut niet transparant doordat uitspraken niet worden gepubliceerd en er geen lijst met namen van arbiters is. Onduidelijk is of in sommige gevallen (zoals bij verstek) een 'robotrechter' de zaak behandelt of een menselijke arbiter. Ook ten aanzien van het eigen verdienmodel is e-Court niet transparant. De keuze voor e-Court is opgenomen in de algemene voorwaarden van vrijwel alle zorgverzekeraars en in het verleden ook van een aantal grote bedrijven (webwinkels). Dit zijn *repeat players* die veel procederen. Aan de andere kant zitten vrijwel standaard consumenten. De vraag is of e-Court nog onafhankelijk kan worden genoemd, omdat e-Court feitelijk bestaat bij de gratie van

Inmiddels blijkt het gras van de alternatieve geschillenoplossing niet altijd groener

de zaken die de *repeat players* aanbrengen. Verweerders, veelal dus consumenten, weten vaak niet dat zij alsnog voor de overheidsrechter kunnen kiezen als de procedure bij e-Court aanhangig is gemaakt. De vraag is ook of consumenten in de procedure bij e-Court wel voldoende worden beschermd. Voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis – dus ook voor een vonnis van e-Court – is verlot, een exequatur, vereist van de voorzieningenrechter (artikel 1062 Rv). Die toetst het vonnis slechts 'summierlijk' (artikel 1063 Rv), maar dat blijkt een rekbaar begrip: in Amsterdam leken arbitrale vonnissen minder summier te worden getoetst dan in Almelo. Al deze kritiekpunten en twijfels hebben er uiteindelijk toe geleid dat de rechtbanken inmiddels geen exequaturs meer verlenen van arbitrale vonnissen van e-Court. In februari 2018 heeft het Landelijk Overleg Vakgroep Civiel en Kanton van de rechtbanken aangekondigd prejudiciële vragen te willen stellen aan de Hoge Raad. Zover is het echter nog niet gekomen. Door alle kritiek en onzekerheid is het bestaansrecht van e-Court in het gedrang; naar eigen zeggen heeft zij haar organisatie tot een minimum teruggebracht als gevolg van de weigering van de rechtbanken nog exequaturs te verlenen.¹²⁹ In juni 2018 dient zich dan toch een zaak aan waarin e-Court om verlot tot tenuitvoerlegging verzoekt, waarbij wordt aangegeven dat het verzoek mede dient tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.¹³⁰ Dat feest ging echter niet door. De rechtbank constateert bij de behandeling van het verzoek dat de arbitrage een incassogeschil betreft tussen de oprichtster/directrice/administrateur van e-Court en haar moeder met hun zorgverzekeraar. In de arbitrale vonnissen is geen overweging gewijd aan de vraag of de arbiter wel voldoende onafhankelijk en onpartijdig kon optreden, gezien de relatie van de partijen met e-Court. De voorzieningenrechter weigert daarom het exequatur wegens strijd met de openbare orde. Voor het stellen van prejudiciële vragen is dan ook geen aanleiding. Het wachten is op een echte zaak waarin prejudiciële

vragen kunnen worden gesteld aan de Hoge Raad. In antwoord op Kamervragen heeft minister Dekker (Rechtsbescherming) laten weten dat hij afhankelijk van de uitkomst van de prejudiciële procedure zal beoordelen of het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de burger nodig is maatregelen te treffen.¹³¹

De arbitragewereld was in rep en roer na de beslissing van het Hof van Justitie EU van 6 maart 2018 op het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Duitse Bundesgerichtshof.¹³² De Duitse rechter deed dit verzoek in het kader van een vernietigingsprocedure tegen een arbitraal vonnis in een zaak tussen de Nederlandse verzekeringsgroep Achmea en de Slowaakse Republiek. Anders dan de advocaat-generaal oordeelt het Hof van Justitie EU dat een arbitrageregeling zoals opgenomen in het investeringsakkoord tussen Nederland en Slowakije in strijd is met het Unierecht. Het Hof komt tot dit oordeel omdat onder het investeringsakkoord ingestelde arbitragetribunalen wel het Unierecht kunnen uitleggen of toepassen, maar geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen voorleggen. Daardoor bestaat het risico dat afbreuk wordt gedaan aan de uitsluitende bevoegdheid van het Hof van Justitie EU om het Unierecht uit te leggen en daarmee aan de autonome werking van het Unierecht. Hiermee is een bom gelegd onder alle andere (circa 180) investeringsverdragen tussen EU-lidstaten. Aan de beëindiging daarvan via (bij voorkeur) één multilateraal verdrag wordt inmiddels gewerkt.¹³³

De erkenning of tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis kan op grond van artikel V lid 1 van het Verdrag van New York slechts op bepaalde gronden worden geweigerd. In twee uitspraken van de Hoge Raad is de uitleg van de weigeringsgrond van artikel V lid 1 onder e aan de orde. Volgens die bepaling kan erkenning of tenuitvoerlegging worden geweigerd als, kort gezegd, de arbitrale uitspraak nog niet bindend is geworden voor partijen of is vernietigd door een bevoegde autoriteit van het land van de plaats van arbitrage. De uitleg van het Verdrag van New York moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van het Weens Verdragenverdrag. In HR 24 november 2017¹³⁴ concludeert de Hoge Raad dat de rechter onder artikel V lid 1 Verdrag van New York in bijzondere gevallen een zekere beoordelingsruimte heeft om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlot tot tenuitvoerlegging te voorzien, ook indien zich in het concrete geval een of meer van de in dit artikel vervatte weigeringsgronden voordoen (zoals het feit dat het arbitrale vonnis door de buitenlandse rechter is vernietigd). Van een bijzonder geval kan onder meer sprake zijn als het arbitraal vonnis in het buitenland is vernietigd op gronden die niet overeenkomen met de weigeringsgronden van het Verdrag van New York, en die gronden evenmin naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar zijn. Ook kan een bijzonder geval zich voordoen als het buitenlandse vernietigingsvonnis niet voor erkenning in Nederland vatbaar is, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden die volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht gelden voor de erkenning van een buitenlandse beslissing. De partij die ondanks het bestaan van een weigeringsgrond erkenning of tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis verzoekt, draagt de stelplicht en de bewijslast van

de bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat aan die weigeringsgrond voorbij wordt gegaan. In HR 15 juni 2018¹³⁵ wordt het verzochte verlov tot tenuitvoerlegging van de arbitrale Final Award geweigerd omdat de Final Award is herzien door een Resolution van andere arbiters in appel. De Hoge Raad concludeert dat de omstandigheid dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen, op één lijn moet worden gesteld met het in artikel V lid 1 onder e van het Verdrag van New York bedoelde geval dat een bevoegde autoriteit de arbitrale uitspraak heeft vernietigd. Hierbij is niet van belang dat het dictum van de Resolution niet met zoveel woorden vermeldt dat de Final Award is vernietigd.

De Turkse gemeente Bursa en aannemer Güris leveren inmiddels een aardige bijdrage aan de Nederlandse rechtspraak op het gebied van het arbitragerecht: in HR 15 juni 2018¹³⁶ melden zij zich voor de derde keer bij de Hoge Raad.¹³⁷ Ditmaal gaat het geschil over de twee alternatieve termijnen voor vernietiging van een arbitraal vonnis die voortvloeien uit artikel 1064 lid 3 (oud) Rv (thans artikel 1064a lid 2 Rv). De eerste termijn begint te lopen na de dag van verzending (of depot) van het arbitrale vonnis. De tweede termijn begint te lopen als het arbitrale vonnis, voorzien van een verlov tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij wordt betekend. Bursa heeft in dit geval een vordering tot vernietiging ingesteld vóórdát het arbitrale vonnis voorzien van het verlov tot tenuitvoerlegging, was betekend, omdat zij er al van uitging dat verlov zou worden verleend en het vonnis ten uitvoer zou worden gelegd. De vraag is of dit mogelijk is. Het antwoord van de Hoge Raad luidt ontkennend. Aan het moment waarop de tweede termijn van artikel 1064 lid 3 (oud) Rv gaat lopen, moet strak de hand worden gehouden. Daarbij mag geen subjectief criterium worden gehanteerd. De vordering tot vernietiging kan daarom niet al worden ingesteld vóórdát de tweede termijn gaat lopen (tenzij op dat moment de eerste termijn nog loopt).

Varia

Wet bescherming bedrijfsgeheimen

Gezien alle andere wetsvoorstellen die het afgelopen jaar zijn langsgekomen, hebben sommigen van ons wellicht gemist dat momenteel bij de Eerste Kamer een voorstel ligt voor de Wet bescherming bedrijfsgeheimen.¹³⁸ Het wetsvoorstel strekt tot uitvoering van een Europese richtlijn (2016/943/EU) en biedt houders van bedrijfsgeheimen

verschillende mogelijkheden om maatregelen te treffen tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen. De richtlijn had op 9 juni 2018 geïmplementeerd moeten zijn, maar deze deadline is dus niet gehaald. Het debat in de Eerste Kamer richt zich met name op een door de Tweede Kamer aangenomen amendement dat ertoe strekt dat in procedures over bedrijfsgeheimen net als in IE-zaken een 'redelijke en evenredige' (lees: volledige) proceskostenveroordeling kan worden uitgesproken. Van verschillende kanten zijn hierbij – ons inziens terecht – bedenkingen geuit.¹³⁹ Het wetsvoorstel beoogt laagdrempelige bescherming van bedrijfsgeheimen. Daaraan kan afbreuk worden gedaan als een partij het risico loopt om bij verlies in de volledige proceskosten te worden veroordeeld. Aangezien de wet nieuw is en de rechtspraak nog (lang) niet uitgekristalliseerd, zal een zaak vaak niet zwart-wit liggen. Het risico van een volledige kostenveroordeling zal kleinere of minder draagkrachtige partijen (zoals startups) ervan kunnen weerhouden een procedure te beginnen. Dat maakt de wet dan bij voorbaat minder effectief. De minister heeft deze bezwaren min of meer weggewuifd met het argument dat de wet de rechter de mogelijkheid biedt om bij de kostenveroordeling 'maatwerk' te leveren en rekening te houden met alle omstandigheden. Daarbij wordt er echter aan voorbij gezien dat juist de onzekerheid ten aanzien van het risico op een volledige proceskostenveroordeling in de praktijk voor kleinere partijen een hoge drempel vormt om een procedure te beginnen.

Collectieve actie

Het wetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie is nog in behandeling bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel beoogt het schikken van massacclaims aantrekkelijker te maken door verbetering van de kwaliteit van collectieve belangenbehartigers, coördinatie van collectieve procedures en meer finaliteit. Zo worden onder andere de eisen voor belangenorganisaties aangescherpt op het punt van governance, financiering en representativiteit.¹⁴⁰ Naar aanleiding van aanhoudende kritiek heeft het wetsvoorstel in deze kroniekperiode verdere wijzigingen ondergaan. Zo is besloten om de afhandeling van zaken aangaande de collectieve afwikkeling van massaschade niet meer exclusief voor te behouden aan de Rechtbank Amsterdam. Daarnaast wordt een tweede opt-out-mogelijkheid geïntroduceerd in het geval dat een belangenorganisatie instemt met een schikking,

¹²⁹. www.e-court.nl/persberichten/.

¹³⁰. Rb. Overijssel 15 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2037, NJF 2018/491

¹³¹. Beantwoording Kamervragen over E-Court d.d. 16 april 2018, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/04/16/tk-e-court. Zie ook E.

Bauw e.a., *Eindrapport Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing*, Den Haag: WODC 2017.

¹³². ECLI:EU:C:2018:158, RvdW 2018/827 (*Slowakije/Achmea*); zie ook *Ondernemingsrecht* 2018/89, m.nt. B.J. Drijber.

¹³³. Zie Kamerbrief d.d. 26 april 2018 inzake Investeringsakkoorden met andere EU-lidstaten; www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/04/26/kamerbrief-over-investeringsakkoorden-met-andere-eu-lidstaten.

¹³⁴. ECLI:NL:HR:2017:2992, RvdW 2017/1257 (*Maximov/NLMK*).

¹³⁵. ECLI:NL:HR:2018:918, RvdW 2018/727 (*Diag Human/Republiek Tjechië*).

¹³⁶. ECLI:NL:HR:2018:914, NJ 2018/278 (*Bursa/Güris*).

¹³⁷. In twee vernietigingsprocedures heeft de Hoge Raad in 2008 en 2013 al uitspraak gedaan: HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799 en HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8099.

¹³⁸. 34821, Regels ter uitvoering van Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*PbEU* 2016,

L157) (Wet bescherming bedrijfsgeheimen).

¹³⁹. Zie onder meer C. Vrendenburg, 'Bedrijfsgeheimen mkb en start-ups niet goed beschermd met nieuwe wet', *FD* 24 april 2018. Vrendenburg is op 1 februari 2018 gepromoveerd op haar proefschrift over de proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken.

¹⁴⁰. Voorgesteld art. 3:305a lid 2 en 3 BW. *Kamerstukken II* 34608, 2.

en zal in beginsel een opt-in-regime gelden voor niet-ingezetenen.¹⁴¹ Verder is voorzien in een overgangsregeling die bij het oorspronkelijke voorstel ontbrak. Volgens deze overgangsregeling blijft het huidige regime gelden voor collectieve acties die aanhangig zijn op het moment dat de wet in werking treedt. Hoewel een andere overgangsregeling niet goed denkbaar is, valt met deze regeling niet uit te sluiten dat een tweede belangenorganisatie in een soortgelijke kwestie schadevergoeding kan vorderen, waar dat voor een andere belangenorganisatie eerder (nog) niet mogelijk was.¹⁴² Tot slot is in het wetsvoorstel toegevoegd dat een belangenorganisatie niet alleen over voldoende financiële middelen moet beschikken om de kosten van de procedure te kunnen dragen, maar ook in voldoende mate zeggenschap over de rechtsvordering moet hebben. Met dit criterium wil de minister de invloed van derdenfinanciers (*third party litigation funders*) op de collectieve vordering beperken.¹⁴³ Al met al is het wetsvoorstel zeker verbeterd en zal de finale vorm vermoedelijk in zicht zijn.

Ondertussen zit ook de Europese Commissie niet stil. In april 2018 is de *New Deal for Consumers* gepresenteerd, waarmee wordt beoogd de rechten van consumenten te versterken en consumenten extra middelen te geven om schadeloos te worden gesteld als hun rechten zijn geschonden.¹⁴⁴ Onderdeel van het voorstel is een collectief actierecht voor toezichthouders of private partijen. Aan het Nederlandse wetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie staat het richtlijnvoorstel verder niet in de weg.¹⁴⁵

In de rechtspraak zijn minder ontwikkelingen te melden. Op vrijdag 13 juli 2018 breide het Hof Amsterdam een langverwacht einde aan het *Fortis*-dossier met de verbindendverklaring van de schikking tussen Ageas en de betrokken belangenorganisaties.¹⁴⁶ Dat ging niet zonder slag of stoot. In een tussenbeschikking van 5 februari 2018¹⁴⁷ gaf het hof aan meer inzicht te willen krijgen in de marktconformiteit en de gangbaarheid van de vergoedingen van in totaal € 45 miljoen die bij verbindendverklaring aan de belangenorganisaties zouden worden betaald. Het hof gelast onder meer dat openheid wordt gegeven over het financiële belang dat de belangenorganisaties hebben bij een verbindendverklaring. Signalering verdient dat het hof in de tussenbeschikking ook uitdrukkelijk belanghebbenden en derden heeft uitgenodigd schriftelijke opmerkingen te maken over de redelijkheid van de vergoedingen. De verstrekte openheid en informatie stellen kennelijk gerust, want bij eindbeschikking van 13 juli 2018 concludeert het hof dat de vergoedingen aan de belangenorganisaties, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet onredelijk zijn. Wel overweegt het hof dat met het oog op de belangen van gerechtigden in vol-

gende WCAM-procedures openheid van zaken kan worden gevraagd ten aanzien van de identiteit van betrokken procesfinanciers en de gemaakte (financiële) afspraken. Gerechtigden kunnen tot eind december een opt-out mededeling doen. Mogelijk zal daarna de *Fortis*-sage nog niet geheel ten einde zijn – nog altijd worden uitspraken gewezen in *Dexia*-zaken die zijn aangebracht door partijen die tijdig een opt-out verklaring hadden uitgebracht – maar een substantieel deel van de geschillen blijft de rechtspraak nu gelukkig bespaard.

Afronding

Voorgaande jaren concludeerden wij aan het slot van deze kroniek vaak dat het burgerlijk procesrecht al met al een rustig bezit is. Die conclusie durven wij dit jaar niet zonder meer te trekken. De rechtspraak staat duidelijk onder druk. Door hogere griffierechten en bezuinigingen op de gefinancierde rechtsbijstand lopen de zaaksaantallen terug en doordat de rechtspraak op output wordt gefinancierd, ook de inkomsten. Dat moet anders. In alle wetsvoorstellen klinkt door dat de rechtspraak vooral sneller, beter en efficiënter moet, en dat de rechter meer maatwerk moet bieden en regie moet voeren. Dat is uiteraard prachtig, maar dat kost wel tijd en dus geld. Betrouwbare, snelle en kwalitatief goede rechtspraak is van wezenlijk belang voor het vertrouwen in de rechtsstaat en het Nederlandse vestigingsklimaat. Trek daarvoor de portemonnee! Tegelijkertijd zouden wij de drang tot moderniseren en experimenteren enigszins willen beteugelen. Innovatie en modernisering zijn noodzakelijk, maar het is goed om ook eens te bedenken wat we in ons huidige procesrecht al aan mogelijkheden hebben die nog niet altijd ten volle worden benut. Is het gezien de bestaande bewijsaandrag-, substantiërings- en waarheidsplichten bijvoorbeeld werkelijk nodig om een 'preprocessuele bewijsgaringsplicht' in te voeren? En zo niet, moeten we dan niet gewoon meer gebruik gaan maken van de mogelijkheden die ons procesrecht te bieden heeft voordat we geld gaan uitgeven aan nieuwigheden die hun succes nog niet hebben bewezen? We hebben het in deze kroniek al eens eerder gezegd: *if it ain't broke, don't fix it.* •

¹⁴¹. Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6, p. 20-24.

¹⁴². Zie ook J. Kortmann, 'Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve acties (34608): Aanzienlijk verbeterd, maar het moet nog beter!', *NJB* 2018/407, afl. 8, p. 3.

¹⁴³. Kamerstukken II 2017/18, 34608, 10.

¹⁴⁴. COM(2018)184 def., p. 14-15.

¹⁴⁵. Kamerstukken II 2017/18, 34608, 9, p. 2.

¹⁴⁶. Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422.

¹⁴⁷. ECLI:NL:GHAMS:2018:368.