

Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Margriet de Boer & Jan-Willem Meijer¹

Na de grote uitdagingen waarvoor de rechtspraak zich met name aan het begin van de coronacrisis gesteld zag, lijken we inmiddels in rustiger vaarwater beland. Dat geldt voor het gehele burgerlijk procesrecht, waar met name sprake is van nuanceringen en verduidelijkingen. Die schijnbare rust is echter misleidend. Doordat de aandacht uitging naar het oplossen van de acute problemen en knelpunten als gevolg van COVID-19, is er weinig vooruitgang geboekt met een aantal meer fundamentele herzieningen en projecten. De val van het kabinet en de moeizame formatie helpen daar uiteraard ook niet bij. De komende jaren zal de aandacht moeten uitgaan naar het oplossen van de capaciteitsproblemen in de rechtspraak, en moet worden ingezet op verdere digitalisering en modernisering van bestaande wetgeving.

Algemene ontwikkelingen

De coronacrisis is ook het afgelopen kroniekjaar van grote invloed geweest op de rechtspraak. De positieve kant daarvan is dat in korte tijd een enorme digitaliseringsslag is gemaakt. Het digitaal indienen van stukken en online zittingen zijn een uitkomst gebleken, en blijven hopelijk ook in de toekomst in passende gevallen mogelijk. Nadelig gevolg van de pandemie is dat de afhandeling van veel zaken vertraging heeft opgelopen en de achterstanden in de rechtspraak zijn toegenomen. Hoewel het aantal nieuwe civiele zaken in 2020 met 6% afnam ten opzichte van 2019 en het aantal handelszaken zelfs met 13%, is de werkdruk in de rechterlijke macht onverminderd hoog.² Ondanks de versnelde invoering van digitale voorzieningen aan het begin van de coronacrisis zijn de doorlooptijden langer dan anders. De gemiddelde duur van rechtszaken is de afgelopen vijf jaar bij de rechtbanken met 13% en bij de gerechtshoven zelfs met 27% toegenomen. De belangrijkste oorzaken zijn een tekort aan rechters en raadsheren en in 2020 de zittingsuitval door de coronacrisis.³ Om het tekort aan rechters op te lossen, worden tijdelijk rechters ingezet die met pensioen zouden gaan of dat al waren. Daarnaast proberen de gerechten de komende drie jaar onder de noemer 'Tijdige rechtspraak' onder meer de doorlooptijden te verbeteren.⁴ Ook is een zogeheten inloopkamer ingesteld, een landelijk team van rechters en juridisch medewerkers dat bijspringt in het afhandelen van zaken bij gerechten waar de nood het hoogst is. Over de inloopkamer klinkt vanuit de rechtspraak zelf echter ook kritiek.⁵ Zo wordt gevreesd dat de hoge productiesnelheid ten koste gaat van de kwaliteit. Daarnaast

gebeurt het dat zaken na de zitting worden overgedragen aan de inloopkamer, waarbij het vonnis wordt geschreven op basis van de aantekeningen van de rechter door een juridisch medewerker die zelf niet bij de zitting was. Zelfs als de zittingsrechter daar zijn handtekening onder zet en instaat voor de kwaliteit, lijkt deze praktijk ons onwenselijk in het licht van het onmiddellijkheidsbeginsel (de regel dat een rechterlijke beslissing in beginsel hoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden; zie ook verderop in deze kroniek). Het blijft dus belangrijk de balans te houden tussen snelheid en kwaliteit.

Uit een internationale vergelijking blijkt overigens dat de kwaliteit van de Nederlandse rechtspraak in vergelijking met andere landen in het algemeen goed is. Nederland scoort wel relatief zwak op de effectiviteit en de kosten van het procederen voor bedrijven, de doorlooptijden

Auteurs

1. Mr. drs. M.H. de Boer is advocaat bij Ysquare te Amsterdam. Mr. dr. drs. J.W.M.K. Meijer 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 2020 t/m september 2021. Met dank aan Zafar Shaikhli, Boris Kik en Jasper Dekens.

Noten

2. Zie <https://jaarverslagrechtspraak.nl/>, o.a. p. 40.
3. Zie <https://jaarverslagrechtspraak.nl/>, p. 49.
4. Zie Jaarplan Rechtspraak 2021, p. 17-18, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/jaarplan-van-de-Rechtspraak-2021.pdf.
5. Zie Inloopkamers werken de achterstanden weg, maar tegen welke prijs?, *Trouw* 26 mei 2021.

van grotere civiele zaken en zaken in hoger beroep, en de ICT-faciliteiten voor rechtzoekenden.⁶ Daar valt dus nog winst te behalen.

Goed nieuws is dat het kabinet, na jarenlang aandringen door onder meer de Nederlandse Orde van Advocaten, eindelijk de portemonnee trekt voor de gefinancierde rechtsbijstand en € 154 miljoen uittrekt voor een duurzaam stelsel van gefinancierde rechtsbijstand en een redelijke beloning voor sociaal advocaten.⁷ Hopelijk wordt hiermee een halt toegeroepen aan de leegloop van de sociale advocatuur en is de rechtsbijstand voor rechtzoekenden gewaarborgd. Toch moeten we ook niet te vroeg juichen, want de financiële bijdrage is niet structureel en loopt tot 2025 stapsgewijs terug tot € 64 miljoen. Hoewel het bieden van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen een overheidstaak is, wil minister Dekker de commerciële advocatuur vragen financieel bij te dragen aan de gefinancierde rechtsbijstand, zo blijkt uit een recent interview in *de Volkskrant*.⁸ Hij vindt het redelijk om een tegenprestatie te vragen als advocaten een vak mogen uitoefenen waaraan bepaalde 'privileges' zijn verbonden, zoals het verschoningsrecht. Daarbij ziet hij eraan voorbij dat het verschoningsrecht er niet is voor de advocaten, maar voor de rechtzoekenden: het verschoningsrecht dient het maatschappelijke belang dat iedereen zich tot een advocaat kan wenden voor bijstand en advies zonder dat hij hoeft te vrezen dat wat hij die advocaat vertelt, naar buiten komt. Dekker gaat er ook van uit dat het aantal toevoegingszaken afneemt. Hij wil dat problemen van mensen 'laagdrempeliger' worden opgelost, en niet alleen het juridische probleem, maar ook 'alles wat daar vaak achter zit'. Wij denken dat de slachtoffers van de toeslagenaffaire dat ook hadden gewild...

Wie oplet, kan zijn opgevallen dat de rechtspraak van plan is om de fax uit te faseren.⁹ Dit houdt ermee verband dat telecomproviders binnenkort stoppen met de ondersteuning van de ISDN-lijnen die nodig zijn voor de fax. Veel ruchtbaarheid is hier tot zeer recent vanuit de rechtspraak echter niet aan gegeven, en op rechtspraak.nl is er zelfs voor wie zoekt, nauwelijks iets concreets over te vinden, terwijl het einde van de fax inmiddels toch met rasse schreden nadert. Door corona is het veilig mailen via Zivver versneld geïntroduceerd en de verwachting is dat dit vaker zal worden gebruikt als de fax (per februari 2022) verdwijnt. Het zou goed zijn als de rechtspraak de advocatuur en rechtzoekenden tijdig attendeert op alternatieven voor de fax.¹⁰

Algemene beginselen

Recht op een eerlijk proces

In de afgelopen jaren is in de rechtspraak van de Hoge Raad een belangrijke plaats toegekend aan het onmiddellijkheidsbeginsel, en ook dit jaar is daarover weer het nodige te doen.¹¹ Sinds HR 31 oktober 2014¹² wordt het recht van partijen om hun standpunten mondeling ten overstaan van de rechter uiteen te zetten, aangemerkt als een fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht. Om te waarborgen dat hetgeen op de zitting aan de orde is geweest, daadwerkelijk wordt meegewogen bij de beslissing, 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. In de jaren na 2014 heeft de Hoge Raad in diverse uitspraken de voorwaarden geformuleerd waaronder van deze regel kan worden afgeweken, zowel in het geval waarin na de mondelinge behandeling een rechtswisseling plaatsvindt, als in het geval waarin in een meervoudige zaak een mondelinge behandeling wordt gehouden ten overstaan van één rechter- of raadsheer-commissaris. Omdat het hier gaat om een fundamenteel processueel recht, kan afwijking alleen met goedvinden van partijen, waarvan bovendien ondubbelzinnig moet blijken. Partijen moeten daarom op de hoogte (kunnen) zijn van de rechtswisseling of van het feit dat een mondelinge behandeling voor één rechter plaatsvindt in plaats voor alle drie de rechters die over de zaak beslissen. Volgens vaste rechtspraak moeten partijen over een rechtswisseling die plaatsvindt in de periode tussen een mondelinge behandeling en de daaropvolgende uitspraak, voorafgaand aan de uitspraak worden ingelicht, onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Partijen mogen in dat geval een nadere mondelinge behandeling verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. In HR 15 april 2016¹³ is beslist dat de verplichting voor het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechtswisseling, vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt. Daarna zou het aan partijen zijn om naar een eventuele rechtswisseling te informeren. In HR 20 maart 2020¹⁴ (besproken in de vorige kroniek) is de Hoge Raad hiervan teruggekomen. In dat arrest is beslist dat als op enig moment na de mondelinge behandeling een rechtswisseling plaatsvindt, het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak onder opgave van redenen moet medelen aan partijen. Dit geldt voor elke uitspraak waarin een rechter ten overstaan van wie een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, voor het eerst door een andere rechter wordt vervangen, en dus ook als de rechtswisseling pas plaatsvindt na een op de mondelinge behandeling gevolgde tussenuitspraak. Het is dus niet langer aan partijen om navraag bij het gerecht te doen over een mogelijke rechtswisseling. Wordt na een rechtswisseling uitspraak gedaan zonder dat partijen voor de uitspraak over de rechtswisseling zijn ingelicht, dan is de uitspraak in beginsel reeds op die grond aantastbaar. Omdat de rechtspraak nog geen rekening heeft kunnen houden met de in het arrest van 20 maart 2020 geformuleerde regels, gelden deze alleen voor procedures waarin de mondelinge behandeling plaatsvindt na de datum van dat arrest.

Deze overgangsregels komen partijen in de samenhangende zaken die leidden tot HR 30 oktober 2020¹⁵ duur te staan. In beide zaken vindt in hoger beroep een mondelinge behandeling plaats, waarna een tussenarrest volgt waarin een van partijen wordt toegelaten tot getuigenbewijs. Nadat ten overstaan van de raadsheer-commissaris (een van de raadsheren die ook de mondelinge behandeling had bijgewoond) getuigenverhoren hebben plaatsgevonden en het hof – na een ingetrokken verzoek om pleidooi – einduitspraak heeft gedaan, wordt duidelijk dat een rechtswisseling heeft plaatsgevonden en de einduitspraak is gedaan door drie nieuwe raadsheren, die geen

Hoewel voor deze uitspraak vanuit het perspectief van de rechterlijke organisatie iets valt te zeggen, is het voor de rechtszoekende toch wel bijzonder onbevredigend dat artikel 155 Rv kennelijk niet meer behelst dan een inspanningsverplichting voor de rechtspraak, waarbij aan schending van die verplichting geen enkele consequentie wordt verbonden

van allen de mondelinge behandeling of de getuigenverhoren hebben bijgewoond. Volgens de regels van HR 15 april 2016 hoefde het hof van deze rechterswisseling geen mededeling te doen, omdat op de mondelinge behandeling al een tussenuitspraak was gevolgd. Volgens de gewijzigde regels van HR 20 maart 2020 had het hof de rechterswisseling wel moeten meedelen, maar omdat de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden vóór 20 maart 2020, kan aan de schending van die verplichting in dit geval geen rechtsgevolg worden verbonden. Het arrest kan dus niet worden vernietigd. In cassatie wordt ook nog geklaagd over schending van artikel 155 Rv, dat voorschrijft dat de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, zoveel als mogelijk (mede) de einduitspraak zal wijzen (lid 1), en dat van een afwijking van deze regel en de oorzaak daarvan in de uitspraak melding wordt gemaakt (lid 2). Dat is in deze zaak niet gebeurd. Hoewel volgens de Hoge Raad ook aan artikel 155 lid 1 Rv het onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag ligt, is het belang daarvan voor dat geval niet zozeer gelegen in het daadwerkelijk kunnen meewegen in de uitspraak van de mondelinge interactie tussen de rechter en partijen ter zitting, maar veeleer in het bevorderen van de waarheidsvinding. De ratio van het voorschrift van artikel 155 lid 1 Rv is dat de waarnemingen door de rechter van belang kunnen zijn voor de waardering van het bewijs. Artikel 155 Rv geeft een partij geen aanspraak op beslissing van de zaak of waardering van het bewijs door de rechter ten overstaan van wie het bewijs is geleverd. Ook uit de rechtspraak van het EHRM blijkt volgens de Hoge Raad dat aan het onmiddellijkheidsbeginsel in dat kader geen absolute gelding toekomt. Het hof was daarom niet gehouden om voorafgaand aan het eindarrest aan partijen mee te delen dat de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren hebben plaatsgevonden, zou worden vervangen. Het hof had dit gelet op artikel 155 lid 2 Rv wel in het eindarrest zelf moeten vermelden, maar het verzuim om

dit te doen, kan niet tot cassatie leiden. De uitsluiting van een hogere voorziening in artikel 155 lid 2 Rv geldt volgens de Hoge Raad niet alleen voor de afwijking van de regel in artikel 155 lid 1 Rv, maar ook voor het verzuim om van de afwijking en de oorzaak daarvan in de uitspraak melding te maken. De regeling van artikel 155 Rv is niet van zo'n fundamentele aard dat bij schending daarvan reeds daarom niet van een eerlijke en onpartijdige behandeling kan worden gesproken. Er is dan ook geen grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van artikel 155 lid 2 Rv. Hoewel voor deze uitspraak vanuit het perspectief van de rechterlijke organisatie iets valt te zeggen, is het voor de rechtszoekende toch wel bijzonder onbevredigend dat artikel 155 Rv kennelijk niet meer behelst dan een inspanningsverplichting voor de rechtspraak, waarbij aan schending van die verplichting geen enkele consequentie wordt verbonden. Wij kunnen ons voorstellen dat dit afbreuk kan doen aan het vertrouwen in de Rechtspraak, zeker in een geval als het onderhavige, waarin alle drie de raadsheren blijken te zijn vervangen.

In de zaak die leidt tot HR 7 mei 2021¹⁶ heeft een rechterswisseling wel consequenties. Daarin zijn tussen het voor het hof gehouden pleidooi en de daaropvolgende uitspraak twee van de drie raadsheren vervangen, terwijl partijen hierover niet zijn ingelicht. Partijen hadden in de gelegenheid moeten worden gesteld een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de raadsheren die het arrest zouden wijzen. Dat in dit geval tussen het pleidooi en de uitspraak met instemming van partijen ook nog een comparitie heeft plaatsgevonden ten overstaan van één raadsheer-commissaris, maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. Daaruit kan immers niet worden afgeleid dat partijen afstand hebben gedaan van hun recht op een nadere mondelinge behandeling naar aanleiding van de rechterswisseling.

In het kader van een vordering tot cassatie in het belang der wet komt de vraag aan de orde of het in een

6. F. van Tulder, K. Strijbos & S. Koolen, *Kwaliteit van rechtspraak: een kijk over de grenzen*, Research Memoranda 2021/1.

7. www.advocatenorde.nl/nieuws/kabinet-trekt-154-miljoen-uit-voor-gefinancierde-rechtsbijstand; zie ook www.advocatenblad.nl/2021/09/21/kabinet-volgt-advies-van-der-meer-alsnog-op/.

8. Dekker: 'We vragen solidariteit van advo-

caten', *de Volkskrant* 22 september 2021.

9. Zie bijvoorbeeld in de Beslagsyllabus van augustus 2021; zie hierna onder Beslag- en executierecht.

10. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Besluit-elektro-nisch-procederen-geeft-Rechtspraak-meer-mogelijkheden-voor-papierloos-procederen.

aspx. Zie ook recent <https://nos.nl/artikel/2399819-digitale-revolutie-bij-de-rechtspraak-de-fax-verdwijnt>.

11. Zie voor een overzicht J.P. de Haan, 'Nieuwe ontwikkelingen rond de rechterswisseling na een mondelinge behandeling', *TvPP* 2021/2.

12. ECLI:NL:HR:2014:3076, *NJ* 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser (*Verhoeven c.s./Staat*).

13. ECLI:NL:HR:2016:662, *NJ* 2019/144.

14. ECLI:NL:HR:2020:472, *RvdW* 2020/405 (*To Concept/CZ*).

15. ECLI:NL:HR:2020:1711, *RvdW* 2020/1142; en ECLI:NL:HR:2020:1712, *RvdW* 2020/1147.

16. ECLI:NL:HR:2021:700, *NJ* 2021/188.

strafzaak toelaatbaar is dat een van de drie behandelend raadsheren aan de zitting deelneemt via Skype, omdat hij vanwege COVID-19 in quarantaine zit. De Tijdelijke Wet COVID-19 Justitie en Veiligheid voorziet niet in de mogelijkheid dat een of meer rechters digitaal deelnemen aan een verder fysieke (straf)zitting, maar de wet verbiedt dit ook niet expliciet. De Hoge Raad oordeelt in HR 15 december 2020¹⁷ dat een dergelijke werkwijze niet zonder meer onverenigbaar is met het Wetboek van Strafvordering en de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid. Om de continuïteit van het rechtsverkeer te waarborgen en vertraging van de behandeling van strafzaken als gevolg van de uitbraak van de pandemie te beperken, acht de Hoge Raad videodeelname van rechters aan een overigens fysieke strafzitting onder voorwaarden toelaatbaar. Zo mag slechts één rechter digitaal deelnemen, en dit mag niet de voorzitter zijn. Daarnaast moeten de griffier en de vertegenwoordiger vanwege het openbaar ministerie fysiek in de zittingszaak aanwezig zijn. Bovendien moet de videoverbinding voldoen aan de vereisten van het Besluit videoconferentie.

Artikel 21 Rv verplicht partijen om de feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid aan te voeren. Doet een partij dat niet, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. De ervaring leert dat rechters in de praktijk toch vrij terughoudend zijn in het toepassen van sancties bij het achterhouden of anders presenteren van relevante feiten. Dat creëert een cultuur waarin partijen denken weg te komen met halve waarheden of hele leugens. Gelukkig stelt HR 16 juli 2021¹⁸ een krachtig voorbeeld. Verzekeringnemers spreken een tussenpersoon aan wegens schending van de zorgplicht met betrekking tot een brandverzekering. In de loop van het geding bij de rechtbank komt uit dat een van de verzekeringnemers zelf een hennepkwekerij in de verzekerde loods heeft opgericht, terwijl de verzekeringnemers hebben gesteld dat de hennepkwekerij door een derde in de loods werd gehouden. De rechtbank wijst de vorderingen vervolgens af wegens schending van de waarheids- en volledigheidsplicht. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Ook het hof meent dat er sprake is van een ernstige schending van de waarheidsplicht, omdat het feiten betreft die van wezenlijk belang zijn voor de beoordeling van de aanspraken van de verzekeringnemers, en het achterhouden daarvan niet past bij een deugdelijke en integere procesvoering. De herstelfunctie van het hoger beroep brengt volgens het hof niet mee dat een partij die weloverwogen en doelbewust relevante informatie achterhoudt om ten koste van haar wederpartij een schadevergoeding toegewezen te krijgen, in hoger beroep de gelegenheid zou moeten krijgen om na ontdekking daarvan haar vorderingen aan te passen. Anders zouden partijen in

feite risicoloos onwaarheden kunnen debiteren en ook ongestraft de rechter op het verkeerde been kunnen zetten. De Hoge Raad verwerpt het hiertegen gerichte cassatieberoep. Gezien de aard en ernst van de schending van de waarheids- en volledigheidsplicht was ontzegging van de vorderingen op haar plaats. Als een ernstige schending van de waarheidsplicht in een geval als dit niet streng gesanctioneerd zou worden, zouden procespartijen dat als vrijbrief kunnen zien om de rechter en de wederpartij met onwaarheden op het verkeerde been te zetten, in de hoop er met een lichte sanctie vanaf te komen als de onwaarheden onverhoopt aan het licht komen.

In deze lijn past HR 30 april 2021,¹⁹ waarin de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigt, omdat het hof bij de waardering van de verklaring van een partijgetuige ten onrechte niet heeft meegewogen dat de partijgetuige wisselende verklaringen heeft afgelegd en ook in de procedure wisselende stellingen heeft ingenomen. Dat feit is relevant voor de beoordeling van de bewijskracht van de getuigenverklaring.

Beperking omvang van processtukken in hoger beroep

In december 2020 werd op rechtspraak.nl aangekondigd dat processtukken in civiele dagvaardingszaken en verzochtschriftprocedures in hoger beroep vanaf 1 april 2021 niet langer mogen zijn dan 25 pagina's (of 15 pagina's in het incidenteel appel).²⁰ Een partij kan nog wel een gemotiveerd verzoek doen om een langer stuk te mogen indienen vanwege de juridische of feitelijke complexiteit van de zaak. Maar als een processtuk zonder voorafgaande toestemming van de rolraadsheer het maximum aantal bladzijden overschrijdt, wordt de memorie geweigerd en moet uiterlijk binnen twee weken een memorie worden ingediend die wel aan de gestelde omvang voldoet. Wel kan bij het indienen van de memorie via een H16-formulier worden verzocht om – naderhand – een akte te mogen nemen 'ter nadere toelichting van een specifiek in het processtuk reeds opgenomen grief, eiswijziging of verweer'. Ook dit verzoek moet concreet worden gemotiveerd aan de hand van de juridische of feitelijke complexiteit van de zaak en moet het aantal bladzijden van de akte vermelden.²¹ Bij toewijzing moet de akte binnen twee weken worden genomen. Wie slim denkt te zijn en probeert meer tekst op een pagina te krijgen, komt bedrogen uit: in de procesreglementen worden ook minimale lettergrootte, regelafstand en marges voorgeschreven. Als argument voor de maximering van de omvang van processtukken wordt met name genoemd dat de doorlooptijden onder druk staan. Door steeds grotere processtukken zou de behandeltijd per zaak toenemen. Dit argument overtuigt niet en de nieuwe regeling is intussen dan ook op veel kritiek gestuit.²² Daargelaten de vraag wat de wettelijke basis is voor een generieke

Daargelaten de vraag wat de wettelijke basis is voor een generieke beperking van de omvang van processtukken, is geen deugdelijk onderzoek gedaan naar de noodzaak, het doel en het verwachte effect van de nieuwe regeling

bepijking van de omvang van processtukken, is geen deugdelijk onderzoek gedaan naar de noodzaak, het doel en het verwachte effect van de nieuwe regeling. Zo zal de toegenomen lengte van processtukken zeker niet de enige oorzaak zijn van de lange doorlooptijden. Daarbij spelen andere oorzaken, zoals capaciteitsgebrek bij de hoven, ook een belangrijke rol. Daarnaast leidt de voorgestelde regeling tot allerhande praktische problemen in de uitvoering. Hoe moet een rolraadsheer die alleen beschikt over de appeldagvaarding en het vonnis in eerste aanleg bepalen of een uitzondering op de limitering gerechtvaardigd is, en zo ja, hoeveel extra pagina's de memorie van grieven dan mag beslaan? Leidt de beoordeling van verzoeken om extra pagina's niet juist tot een hogere werkbelasting bij de hoven? En hoe prettig leest een processtuk dat noodgedwongen is opgeknipt in een memorie van 25 pagina's, en een nadere akte waarin onderdelen zijn uitgewerkt? Vanwege de vele bezwaren en het gebrek aan consultatie vooraf heeft een groep advocaten in april 2021 een kort geding aanhangig gemaakt tegen de Staat waarin intrekking dan wel opschorting van de nieuwe bepalingen wordt gevorderd. De voorzieningenrechter heeft, op voorstel van partijen, inmiddels prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad.²³ De vordering die strekt tot opschorting van de nieuwe bepalingen in afwachting van de beslissing van de Hoge Raad is afgewezen. Voorlopig geldt de limiet voor de omvang van processtukken in hoger beroep dus onverkort, al is vanuit de rechtspraak toegezegd dat daar soepel mee zal worden omgegaan totdat de Hoge Raad zich erover heeft uitgelaten. Overigens valt er best iets voor te zeggen om partijen bij de procesvoering bepaalde beperkingen op te leggen. Daarbij moet het echter uit de lengte of uit de breedte komen. Een beperking voor partijen om hun zaak aan de rechter voor te leggen moet dan samengaan met een actievere rol voor de rechter, die dóórvraagt als stellingen of argumenten niet volledig zijn uitgewerkt, en die partijen niet afrekent op hun stelplicht. Of voor een dergelijke actieve rol voldoende ruimte is binnen het huidige appelprocesrecht – met het grievenstelsel en de tweeconclusieregel – is echter maar zeer de vraag.

Procesrecht algemeen

Processueel ondeelbare rechtsverhoudingen

Bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding is het noodzakelijk dat een beslissing in dezelfde zin luidt ten

aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen. Een partij die een beslissing wenst over een ondeelbare rechtsverhouding is dan ook gehouden alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te betrekken. In het verleden kon het nalaten dat te doen ernstige gevolgen hebben indien de wederpartij het verweer van *exceptio plurium litis consortium* opwierp. Een eiser die had nagelaten alle partijen op te roepen, was niet-ontvankelijk in zijn vorderingen of in het door hem ingestelde rechtsmiddel, en moest (indien mogelijk) een nieuwe procedure aanhangig maken waarin hij alsnog alle partijen betrok. Deze vergaande gevolgen werden niet wenselijk geacht en tegenwoordig kan een dergelijke omissie worden hersteld door de andere partijen op grond van artikel 118 Rv alsnog in het geding te betrekken. De Hoge Raad heeft gestaag het toepassingsbereik van artikel 118 Rv uitgebreid. Was aanvankelijk nog de gedachte dat de mogelijkheid om derden alsnog op te roepen beperkt zou moeten zijn tot de fase bij de rechtbank, inmiddels heeft de Hoge Raad beslist dat dit ook in hogere instanties mogelijk is.²⁴ De rechter zal dit zo nodig ambtshalve moeten onderzoeken. Pas als niet (tijdig) van deze (herstel)mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, moet de partij die de beslissing over de processueel ondeelbare rechtsverhouding wilde uitlokken niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering of het ingestelde rechtsmiddel.²⁵ Een beroep op de *exceptio plurium litis consortium* heeft dus voor een groot deel zijn werking verloren.

In HR 5 februari 2021²⁶ zet de Hoge Raad de eerder ingezette lijn voort. Ook in een geval waarin een derde in de drie voorafgaande instanties ten onrechte niet is betrokken bij de procedure, moet de gelegenheid worden geboden om die derde alsnog op te roepen. Anders dan in HR 20 april 2018²⁷ moet dat dan niet (alsnog) gebeuren in de cassatieprocedure, maar in de procedure na cassatie en verwijzing. Dat ligt ook voor de hand. In de zaak uit 2018 was uitsluitend in cassatie de oproeping van de derde ten onrechte achterwege gebleven, terwijl dat in het onderhavige geval in alle instanties is nagelaten. Oproeping in cassatie zou dan ook tot gevolg hebben dat de derde een instantie zou worden onthouden waarin hij zijn standpunt (alsnog) uiteen kan zetten. De Hoge Raad oordeelt dat de oorspronkelijke eiser de gelegenheid moet krijgen de betrokken derde op te roepen, aangezien hij degene is die in eerste instantie de rechtsvordering tot vernietiging heeft ingesteld. De vraag die resteert, is of de positie van

17. ECLI:NL:HR:2020:2037, NJ 2021/108.

18. ECLI:NL:HR:2021:1144.

19. ECLI:NL:HR:2021:672, RvdW 2021/500.

20. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Per-1-april-limiet-aan-lengte-processtukken-bij-de-civiele-afdelingen-gerechthoven.aspx. Zie ook art. 2.11 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechthoven, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/landelijk-procesreglement-voor-civiele-dagvaardingszaken-bij-de-gerechthoven-042021.pdf en art. 1.1.1.5

Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechthoven, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/procesreglement-verzoekschriftprocedures-handels-en-insolventiezaken-gerechthoven-042021.pdf.

21. Zie onder 3 van bijlage VI bij het LPR voor dagvaardingszaken respectievelijk bijlage V bij het LPR voor verzoekschriftprocedures.

22. Zie onder andere: A. Hammerstein in zijn blog op www.vscn.nl/lengte-processtukken-fred-hammerstein-hoe-kort-wilt-u-

het-hebben; N. de Boer, M. Janssen & C. Janssens, 'Limiet aan lengte processtukken: 1 aprilgrap?', *Adv.bl.* 2021-1, p. 58.

23. Zie Rb. Den Haag (vzr.), ECLI:NL:RBDHA:2021:5927, en www.hogeraad.nl/prejudiciële-vragen/?vraag=21/02242.

24. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, r.o. 3.4.3; HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81, r.o. 3.6.1, m.nt. H.B. Krans; HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649, NJ 2018/214, JBPR 2018/33, m.nt. F.J.P. Lock, r.o. 3.3. Zie ook

de noot van Tjong Tjin Tai onder (het hierna nog nader te bespreken arrest) HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, NJ 2021/126, nr. 2.

25. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81, r.o. 3.6.2.

26. ECLI:NL:HR:2021:177, NJ 20.21/54 (*Deltaborgh Investments B.V. c.s./Vitens N.V.*)

27. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649, NJ 2018/214, JBPR 2018/33, m.nt. F.J.P. Lock.

De partij die wordt geconfronteerd met een overweging ‘ten overvloede’, doet er dus bij twijfel goed aan daartegen ‘ten overvloede’ een grief of een vernietigingsgrond aan te voeren

die derde aldus voldoende is gewaarborgd. Ook dan geldt immers dat hij pas in hoger beroep bij een procedure wordt betrokken en dus een instantie mist. In HR 19 februari 2021²⁸ komt de Hoge Raad de derde hierin tegemoet door te overwegen dat de derde na cassatie en verwijzing alle verweren mag aanvoeren, ongeacht of deze reeds in het geding vóór cassatie en verwijzing zijn aangevoerd.²⁹

Gezag van gewijsde

Volgens artikel 236 Rv hebben beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht. Het gezag van gewijsde brengt mee dat rechten en verplichtingen die het voorwerp zijn van de rechtsstrijd tussen partijen waarop is beslist, niet nogmaals voorwerp kunnen worden van een andere procedure tussen diezelfde partijen. De gedachte daarachter is uiteraard te voorkomen dat hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen twee keer door de rechter moet worden beslist. HR 18 december 2020³⁰ maakt duidelijk dat het in de praktijk lang niet altijd eenvoudig is te bepalen of sprake is van een nieuw geschilpunt of een geschilpunt waarop reeds is beslist. De zaak betreft een tweetal opvolgende procedures over de uitvoering van een pensioenovereenkomst tussen IV-Groep en Zwitserleven. De vraag is of de afwijzing van de vorderingen van IV-Groep in de eerste procedure in de weg staat aan haar vorderingen in de tweede procedure. Volgens de Hoge Raad kan het gezag van gewijsde worden ingeroepen als in een geding tussen dezelfde partijen eenzelfde geschilpunt wordt voorgelegd als in een eerder geding, en de in het dictum van de eerdere uitspraak gegeven beslissing (mede) berust op een beslissing over dat geschilpunt, ongeacht of wat gevorderd wordt hetzelfde is. Heeft het geding (mede) betrekking op andere geschilpunten dan die waarover in het eerdere geding is beslist, dan strekt het gezag van gewijsde van de beslissing in het eerdere geding zich niet uit tot die andere geschilpunten. Of sprake is van beslissingen aangaande een geschilpunt dat dezelfde rechtsbetrekking betreft als in het eerdere geding, is afhankelijk van de grondslag van de vordering of het verweer, het processuele debat en de gegeven beslissingen. Dat vergt uitleg van de in de eerdere procedure gedane uitspraak, mede in het licht van de gedingstukken waarop die uitspraak berust. De grondslagen van de vorderingen van IV-Groep in de tweede procedure laten volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat die (mede) betrekking hebben op andere geschilpunten dan in de eerste procedure. Zowel het hof als de A-G kwamen echter tot de tegenovergestelde conclusie dat wel sprake was van dezelfde rechtsbetrekking in geschil in de zin van artikel 236 Rv. Dat de Hoge Raad en de A-G tot verschillende conclusies

komen, waarbij de A-G de kwestie in zijn conclusie ook nog aanduidt als een ‘breinbreker’, laat wel zien hoe moeilijk het is om te bepalen of sprake is van hetzelfde geschilpunt in een volgende procedure. Het leerstuk van het gezag van gewijsde is er ook met deze uitspraak niet eenvoudiger op geworden.³¹

Het gezag van gewijsde is niet beperkt tot het dictum. Ook de overwegingen waar het dictum op is gebaseerd, kunnen gezag van gewijsde verkrijgen. Dat doet er niet aan af dat niet aan alle overwegingen gezag van gewijsde toekomt. Voor overwegingen ten overvloede – *obiter dicta* – geldt dat niet. HR 16 juli 2021³² bewijst dat daarbij van belang is om in het oog te houden dat de enkele omstandigheid dat in een vonnis een bepaalde overweging als een *obiter dictum* wordt aangeduid, niet betekent dat dit ook werkelijk een ten overvloede gegeven overweging betreft. De procedure betreft een vernietigingsprocedure van een arbitraal vonnis, waarin het scheidsgerecht een vordering tot betaling heeft toegewezen op twee zelfstandig dragende gronden, waarvan de tweede in het vonnis is aangemerkt als overweging ten overvloede. Daar stuit de vordering tot vernietiging uiteindelijk op af. Volgens de Hoge Raad is voor de beantwoording van de vraag of bepaalde overwegingen van het scheidsgerecht de beslissing zelfstandig dragen, beslissend hoe die overwegingen zich naar hun inhoud genomen verhouden tot de beslissing in het dictum. Dat het scheidsgerecht die overwegingen een ‘obiter dictum’ heeft genoemd, is hierbij niet doorslaggevend. De partij die wordt geconfronteerd met een overweging ‘ten overvloede’, doet er dus bij twijfel goed aan daartegen ‘ten overvloede’ een grief of een vernietigingsgrond aan te voeren.

Schadestaatprocedure

Verwijzing naar de schadestaatprocedure is alleen mogelijk wat betreft wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die wegens onrechtmatige daad of vanwege een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van verbintenissen. Verwijzing naar de schadestaatprocedure is in beginsel niet mogelijk als de (primaire) verplichting tot schadevergoeding rechtstreeks op een rechtshandeling berust en deze niet wordt nagekomen.³³ In HR 8 januari 2021³⁴ breidt de Hoge Raad het toepassingsbereik van de schadestaatprocedure niettemin een klein beetje uit, en wel naar de verplichting tot schadevergoeding die op grond van artikel 7:854 BW op de borg rust in geval van niet-nakoming door de hoofdschuldenaar. Met deze bepaling is beoogd om duidelijk te maken dat in geval van niet-nakoming door de hoofdschuldenaar, de borg niet gehouden is om zelf na te komen, maar dat slechts schadevergoeding van hem kan worden gevorderd. Deze verplichting tot schadevergoeding is in dat geval dezelfde verplichting tot betaling van schadevergoeding als

die op de hoofdschuldenaar rust vanwege de niet-nakoming van de op hem rustende verbintenis. Gelet op deze verbondenheid brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde wetstoepassing volgens de Hoge Raad mee dat een uitzondering moet worden gemaakt op de regel dat artikel 612 Rv alleen van toepassing is op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Artikel 612 Rv kan voortaan daarom ook worden toegepast indien de verplichting tot schadevergoeding van de borg berust op artikel 7:854 BW.

Collectieve actie/WAMCA

De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) is alweer enige tijd geleden in werking getreden. Sinds 1 januari 2020 is een grote verscheidenheid aan zaken aanhangig gemaakt.³⁵ Daartoe behoren zaken van principiële aard zoals die van Stichting Clara Wichmann over de vergoeding van anticonceptie voor meerderjarige vrouwen, verschillende zaken met betrekking tot het coronabeleid, en een (vrij opmerkelijke) zaak van het Republikeins Genootschap gericht tegen de Koning over diens positie in gerechtelijke procedures. Veel zaken hebben echter ook een duidelijk financieel belang en zijn gericht tegen grote internationale bedrijven. Buitenlandse procesfinanciers en advocatenkantoren spelen daarbij dikwijls een rol. Het is dan ook de vraag of de zogenoemde *scope rule* van artikel 3:305a lid 3 sub b BW de beoogde uitwerking heeft.³⁶ Deze regel is ingevoerd om een aanzuigende werking van de collectieve schadevergoedingsactie op buitenlandse partijen te voorkomen. Dat deze regel zaken buiten de deur kan houden die onvoldoende band hebben met de Nederlandse rechtssfeer is inmiddels al gebleken,³⁷ maar dat neemt niet weg dat het nog steeds aantrekkelijk blijkt te zijn om een collectieve actie in Nederland te beginnen. Enerzijds valt dat toe te juichen – zo kunnen gedupeerden immers genoegdoening krijgen die zonder de collectieve actie misschien niet mogelijk was geweest – maar anderzijds blijkt er achter de collectieve claims (van in enkele gevallen miljarden euro's) vaak een duidelijk commercieel motief van externe financiers schuil te gaan. Daarmee spelen in de procedure ook andere belangen mee dan enkel die van de gedupeerden en de stichting

of vereniging die voor de belangen van die gedupeerden stelt op te komen. Dit vergt dat de rechter terdege toetst of de stichting of vereniging die de procedure voert, daadwerkelijk onafhankelijk is en ook overigens de belangen van de achterban voldoende gewaarborgd zijn.³⁸

Ondertussen maakt Europese regelgeving het nodig dat de WAMCA op enkele punten wordt aangepast. In de vorige kroniek werd al kort melding gemaakt van de Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten,³⁹ die op 25 november 2020 is gepubliceerd. De Richtlijn moet uiterlijk 25 december 2022 zijn omgezet in nationaal recht, en de bepalingen worden van toepassing op collectieve acties die op of na 25 juni 2023 zijn ingesteld. De Richtlijn is erop gericht om het instellen van collectieve verbods- en schadevergoedingsacties in heel Europa mogelijk te maken waar het gaat om de inbreuk op consumentenrechten. De Richtlijn bevat een lijst met ruim zestig Europese regelingen en is van toepassing als een inbreuk op een van deze regelingen een groep consumenten raakt. De Richtlijn regelt (in de kern) twee zaken. Ten eerste is elke lidstaat verplicht een collectieve schadevergoedingsactie voor consumenten in te voeren. Dit is voor Nederland geen probleem, aangezien Nederland reeds de WAMCA heeft. De WAMCA regelt hetzelfde als de Richtlijn, maar is breder van opzet. Zo is deze er niet alleen voor consumenten, maar ook voor bedrijven, beleggers, werknemers of het algemeen belang. Voor het omzetten van de Richtlijn is in Nederland dus niet een heel nieuwe regeling nodig, maar volstaat een (relatief beperkte) aanpassing van de WAMCA voor zover de Richtlijn andere regels heeft dan de WAMCA. In de tweede plaats zal iedere lidstaat een lijst moeten opstellen met organisaties die grensoverschrijdende collectieve acties kunnen beginnen in een andere lidstaat. Deze organisaties moeten aan specifieke eisen voldoen. Bij organisaties op de lijst moet de rechter in de andere lidstaat ervan uitgaan dat die organisatie aan de Richtlijneisen voldoet. Dit betekent dat Nederland buitenlandse organisaties van de lijst van een andere lidstaat *moet* toelaten voor een collectieve actie in Nederland. Voor zover de Richtlijn andere of strengere eisen stelt dan de WAMCA, moet de wet worden aangepast. Inmiddels heeft over de Implementatiewet richtlijn

28. ECLI:NL:HR:2021:274, NJ 2021/126, m.nt. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.

29. Overigens bevat de uitspraak van de Hoge Raad ook interessante overwegingen over de stuitende werking van mediation in een grensoverschrijdend geschil. Zie daarvoor de noot van Tjong Tjin Tai in NJ 2021/126.

30. ECLI:NL:HR:2020:2099, RvdW 2021/75 (IV-Groep/Zwitsersleven).

31. Zie ook de noot van Van Malssen en Hengeveld in JBPR 2021/13 die de verschillende interpretaties door de Hoge Raad enerzijds en hof en A-G anderzijds bespreken.

32. ECLI:NL:HR:2021:1171, RvdW 2021/818 (Wells Ultimate Service/

Bariven).

33. HR 9 december 1988,

ECLI:NL:HR:1988:AD5717, NJ 1989/397.

34. ECLI:NL:HR:2021:38, NJ 2021/178, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

35. Zie het Centraal register voor collectieve vorderingen, www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen. Zie voorts voor een bespreking van WAMCA procedures vanaf 2020: W.P. Wijers, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2020', in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 164-170.

36. De *scope rule* roept onder andere ook

de vraag op hoe deze zich verhoudt tot

Europees (bevoegdheids)recht. Zie R.

Dufour, 'Over de dam die een claimtsunami moet tegenhouden: de *scope rule* en zijn (on)verenigbaarheid met Europees bevoegdheidsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/169, p. 951-956; C.G. van der Plas, 'De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste onder de loep', *NIPR* 2019/406, p. 537-552. H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, 'Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?', *TOP* 2021,

p. 23-24; T. Arons, 'Vaststelling van de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht in collectieve geschilbeslechting', *NIPR* 2021/1; W.P. Wijers, 'Kroniek collectieve

acties en schikkingen 2020', p. 167-168.

37. Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228 (*Stichting Both Ends/Koninklijke Boskalis Westminster*).

38. Zie over de WAMCA ook D. Horemans & M.V.E.E. de Monchy, 'De summierende ondeugdelijkheidstoets in de WAMCA: het brede belang van een zwaardere invulling', *MvV* 2021/7-8; B. Katan & M. Wallinga, 'WAMCA – exclusieve belangenbehartiger, inclusief complicaties', *TCR* 2021/3.

39. Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

representatieve vorderingen een internetconsultatie plaatsgevonden.⁴⁰

Naast de Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten zal ook Verordening (EU) 2019/1150⁴¹ tot een beperkte wijziging van de WAMCA leiden. Deze zogenaamde platform-to-business of P2B-verordening betreft de relatie tussen online platforms (zoals bijvoorbeeld reserveringssites of vergelijkingssites voor vliegtickets) en hun zakelijke gebruikers. De invoering van de verordening is ingegeven door zorgen over de positie van dergelijke platforms en de onevenwichtige verhoudingen die kunnen ontstaan in de relatie tussen platforms en ondernemers die van die platforms gebruik maken. Met de verordening wordt beoogd ondernemers meer bescherming te geven. Daartoe voorziet de verordening (onder andere) in de mogelijkheid voor vertegenwoordigende organisaties om collectieve vorderingen in te stellen om niet-naleving van de vereisten uit de verordening door een platform te beëindigen of te verbieden (artikel 14 lid 1 verordening). Om te verduidelijken hoe de verordening zich verhoudt tot de nationale regels over collectieve acties is op 26 mei 2021 een conceptvoorstel voor de uitvoeringswetgeving gepubliceerd.⁴² Daarin wordt voorgesteld om een nieuw artikel 3:305ca BW in te voegen waarin de voor de rechtsvordering relevante onderdelen van artikel 3:305a BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard op een rechtsvordering als bedoeld in de verordening.

Al die toevoegingen aan en uitzonderingen op de WAMCA doen de leesbaarheid van de wettelijke regeling overigens geen goed. De regeling was al complex doordat een deel is te vinden in het BW (met name artikel 3:305a BW) en een deel in Rv (Titel 14A Rv), maar daar komen nu

Al die toevoegingen aan en uitzonderingen op de WAMCA doen de leesbaarheid van de wettelijke regeling geen goed

op basis van de Europese regelingen weer bijzondere bepalingen bij. Bovendien zijn de wetsartikelen lang – met veel artikelleden en opsommingen in subnummers en subletters – en zit de WAMCA vol met interne verwijzingen en artikelen die van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Wij doen bij deze graag een oproep aan de wetgever om de leesbaarheid van de regeling voor de praktijk te vergroten.

Incidenten

Voeging

De Hoge Raad heeft zich in het afgelopen kroniekjaar weer enkele malen uitgesproken over de incidentele vordering tot voeging (artikel 217 Rv). Uit de tekst van artikel 217 Rv volgt dat alleen een derde en (dus) niet een procespartij zich kan voegen aan de zijde van een van de (ande-

re) procespartijen, aldus HR 3 april 2020.⁴³ Een partij die al procespartij is, bijvoorbeeld doordat zij als verweerster in cassatie is opgeroepen door een van de andere procespartijen, kan dus geen voeging vorderen. Zij heeft daar ook geen belang bij, omdat zij als procespartij haar standpunt in de procedure kenbaar kan maken. HR 15 januari 2021⁴⁴ is het vervolg op de hiervoor genoemde uitspraak, en stelt de vraag aan de orde of een partij die zich in eerste aanleg heeft gevoegd aan de zijde van een van de procespartijen, maar zelf geen hoger beroep instelt (en ook niet door de andere partijen als procespartij in hoger beroep is betrokken), zich in hoger beroep opnieuw kan voegen. Het hof meent van niet, omdat de vordering tot voeging niet kan dienen tot herstel van het verzuim om (tijdig) een rechtsmiddel aan te wenden. De Hoge Raad oordeelt – onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak⁴⁵ – anders: de omstandigheid dat een partij die zich eerder heeft gevoegd, ook zelfstandig bevoegd is om een rechtsmiddel aan te wenden, sluit niet uit dat die partij een gerechtvaardigd belang kan hebben om alleen door middel van voeging in de volgende instantie betrokken te blijven en het standpunt van de partij aan wier zijde men zich voegt te ondersteunen door het aanvoeren van nadere argumenten. Die vordering kan eventueel wel worden afgewezen wegens strijd met de eisen van een goede procesorde of misbruik van procesrecht. Overigens is de vraag of het voor een partij die zich eerder heeft gevoegd aan de zijde van een procespartij, strategisch niet handiger zou zijn om zelf hoger beroep in te stellen. Dat biedt immers ruimere mogelijkheden om eigen argumenten aan te voeren, omdat men dan niet gebonden is aan de rechtsstrijd zoals die is bepaald door de partij aan wier zijde men zich voegt.⁴⁶

Voor het aannemen van een belang bij voeging is volgens vaste rechtspraak voldoende dat de partij die voeging vordert, nadelige gevolgen kan ondervinden van een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan de zijde van wie men zich voegt. Onder nadelige gevolgen zijn in dit verband te verstaan de feitelijke of juridische gevolgen die de toe- dan wel afwijzing van de in die procedure ingestelde vordering of het gezag van gewijsde van in de uitspraak in die procedure gegeven eindbeslissingen zal kunnen hebben voor degene die de voeging vordert. HR 21 mei 2021⁴⁷ bevestigt nog maar weer eens dat mogelijke precedentwerking niet een voldoende belang oplevert bij voeging, ook niet indien sprake is van sterk op elkaar gelijkende vorderingen of feitencomplexen tussen deels dezelfde partijen.⁴⁸ Dat geldt ook voor het gestelde belang dat vernietiging van de bestreden uitspraak zou leiden tot grote vertraging in het bereiken van de eigen doelstellingen van de stichting die zich wil voegen.

Zekerheidstelling

Artikel 224 Rv bepaalt dat een partij zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland die bij een Nederlandse rechter een vordering instelt of zich voegt of tussenkomt, verplicht is om (behoudens de uitzonderingen in artikel 224 lid 2 Rv) op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten waarin hij veroordeeld zou kunnen worden. De strekking van deze bepaling is te voorkomen dat een in het gelijkgestelde de daagde met een

oninbare proceskostenveroordeling blijft zitten. Artikel 224 Rv is op grond van artikel 414 Rv ook van toepassing in cassatie. Daarbij geldt wel een aantal aanvullende eisen, waaronder dat alleen zekerheid kan worden gevorderd van de partij die in eerste aanleg eiser of verzoeker was en die principaal cassatieberoep heeft ingesteld (artikel 414 lid 2 en 3 Rv). In HR 23 april 2021⁴⁹ stelt een in Iran gevestigde rechtspersoon – oorspronkelijk eiser – cassatieberoep in. Deze partij was zowel in eerste aanleg als in hoger beroep al veroordeeld tot zekerheidstelling op de voet van artikel 224 Rv. De in eerste aanleg gestelde zekerheid was niet voldoende voor de uitgesproken kostenveroordeling. In hoger beroep is niet aan de verplichting tot zekerheidstelling voldaan, wat heeft geleid tot niet-ontvankelijkverklaring in het hoger beroep (artikel 616 lid 3 onder a Rv). Nadat daartegen cassatieberoep is ingesteld, vordert de wederpartij in cassatie zekerheid voor de proceskosten waarin de Iraanse eiser tot cassatie zou kunnen worden veroordeeld in het principaal cassatieberoep, in het incident tot zekerheidstelling en in een (mogelijk) incidenteel cassatieberoep. Daarnaast vordert de wederpartij ook zekerheid voor het onbetaald gebleven gedeelte van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg. De Hoge Raad overweegt dat uitsluitend zekerheidstelling kan worden gevorderd voor de rechtstreeks uit de lopende instantie voortvloeiende proceskosten, dus alleen voor de proceskosten in het principale cassatieberoep, het eventuele incidentele cassatieberoep en het incident tot zekerheidstelling. Voor de onbetaald gebleven proceskosten tot betaling waarvan een partij in eerdere instanties is veroordeeld, kan niet op de voet van artikel 224 Rv zekerheidstelling worden gevorderd.

Bewijs

Wetsvoorstellen en algemeen

Rond het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht⁵⁰ is het al geruime tijd stil. Daar zal op korte termijn geen verandering in komen, want na de val van het kabinet heeft de Tweede Kamer dit voorstel op 2 februari 2021 controversieel verklaard en ten tijde van het schrijven van deze kroniek was er nog geen zicht op een nieuw kabinet.⁵¹ Maar misschien biedt deze adempauze tijd voor nadere reflectie op het wetsvoorstel. Hoewel het voorstel volgens velen al is verbeterd ten opzichte van het

Misschien biedt deze adempauze tijd voor nadere reflectie op het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht

consultatievoorstel, worden er her en der ook nog wel kritische noten geplaatst, in het bijzonder wat betreft de invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht, de verruiming van het inzage-recht en de gewijzigde formulering van artikel 24 Rv.⁵²

Ook in Europees verband zal er in de toekomst steeds meer digitaal gaan. Met het oog op de verdere digitalisering is op 25 november 2020 de EU-bewijsverkrijgingsverordening (2020/1783) vastgesteld.⁵³ De Bewijsverkrijgingsverordening, die van toepassing wordt op 1 juli 2022, herschikt de EG-bewijsverordening 1206/2001, die de samenwerking tussen de gerechten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken regelt. De herschikking heeft als doel om de werking van de interne markt te verbeteren door grensoverschrijdende procedures te verbeteren en te versnellen. Door deze herschikking moet ook de Uitvoeringswet EG-bewijsverordening uit 2004 worden gewijzigd. De aanpassingen zien met name op verdere digitalisering en modernisering van bewijsverkrijging door technologische innovatie (bijvoorbeeld het horen van getuigen via videoconferentie). Voor de elektronische uitwisseling van verzoeken en kennisgevingen zullen gerechten van de verschillende lidstaten moeten aansluiten op e-Codex, een digitale technische oplossing voor veilige online informatie-uitwisseling tussen bevoegde justitiële autoriteiten. Hiervoor wordt op Europees niveau implementatiesoftware ontwikkeld die gebruikt kan worden door de lidstaten om hun nationale IT-voorzieningen te laten aansluiten op e-Codex.

Getuigenbewijs

Met het oog op een voortvarende procesvoering is het gewenst dat bij een getuigenverhoor alle getuigen naar voren worden gebracht voordat het verhoor wordt geslo-

40. www.internetconsultatie.nl/implementatie_rl_collectieve_actie.

41. Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten.

42. Wet publiek toezicht en handhaving verordening bevordering billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, zie www.internetconsultatie.nl/p2b.

43. ECLI:NL:2020:601, NJ 2020/153 (AT Osborne/Stichting Sona en Berenschot).

44. ECLI:NL:HR:2021:43, NJ 2021/28

(Stichting Sona/AT Osborne en

Berenschot).

45. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1787, NJ 2019/451 (NISC Naftogaz/Omni Bridgeway en Trameta).

46. Zie ook de noot van Van Hemel bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:601, JBPR 2020/62.

47. ECLI:NL:HR:2021:750, NJ 2021/199 (Stichting Loterij Incasso/Staatsloterij c.s.).

48. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, NJ 2015/295.

49. ECLI:NL:HR:2021:651, NJ 2021/166 (Industrial Projects Management of Iran/X).

50. Kamerstukken II 2019/20, 35498, nr. 2. 51. Kamerstukken II 2020/21, 35718, nr. 9.

52. Zie onder meer: S. Boersen & W. den Hollander, 'Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht vraagt om verduidelijking en aanpassing', *NJB* 2020/2895, en de reactie daarop van J. de Haan in *NJB* 2021/206; M.J.A.M. Ahsmann, 'Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht en artikel 24 lid 2 Rv: eindelijk 'een nieuwe balans'!', *TvPP* 2021/1; J. Ekelmans, 'Het wetsvoorstel ter vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht: drie makkelijke mogelijkheden om het voorstel evenwichtiger te maken', *AA* 2021, p. 445-449; en tot slot *RMThemis* 2020/6, met bijdragen van diverse auteurs.

53. Verordening (EU) nr. 2020/1783 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (bewijsverkrijging) (herschikking van Verordening (EG) nr. 1206/2001). Daarnaast is ook een herschikking van de EU-betekenningsverordening vastgesteld (Verordening (EU) 2020/1784 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en kennisgeving van stukken) (herschikking van Verordening (EG) nr. 1393/2007)).

ten. Het belang van de waarheidsvinding kan echter meebrengen dat ook na het sluiten van het verhoor nog nieuwe getuigen kunnen worden opgeroepen. In HR 12 maart 2021⁵⁴ gaat het om zo'n verzoek tot heropening van het getuigenverhoor. Een oud-werkneemster vordert van haar voormalig werkgever betaling van achterstallig loon. De werkgever stelt dat dit loon contant aan haar is uitbetaald. De kantonrechter stelt de werkgever in de gelegenheid hiervan bewijs te leveren door het horen van getuigen. Op basis van het getuigenverhoor concludeert de kantonrechter dat de werkgever in het hem opgedragen bewijs is geslaagd. Een verzoek om heropening wijst hij af. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak. Een verzoek tot heropening van het getuigenverhoor kan wegens strijd met de goede procesorde worden afgewezen. De rechter zal een dergelijk oordeel echter moeten motiveren, en daarbij moeten ingaan op de betrokken belangen. Dat is in dit geval niet gebeurd, nu de kantonrechter zonder motivering aan het verzoek van de werkneemster is voorbijgegaan. Van belang daarbij is ook dat het verzoek tot doel had de geloofwaardigheid aan te tasten van de verklaringen van de getuigen die eerder van de kant van de werkgever waren gehoord. Ook om die reden mocht de kantonrechter in dit geval het verzoek niet zonder motivering afwijzen.

Bewijslastverdeling, bewijswaardering en (passeren) bewijsaanbod

Het is vaste rechtspraak dat, ook in hoger beroep, een partij tot het leveren van bewijs moet worden toegelaten indien (kort gezegd) haar aanbod voldoende specifiek is en ter zake dienend is, dat wil zeggen ziet op feiten die van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de vordering of het verweer, en tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal de rechter ook moeten letten op de wijze waarop het procesuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure zich bevindt. Een partij die getuigenbewijs aanbiedt, zal voldoende concreet moeten aangeven op welke stellingen het bewijsaanbod ziet en waar mogelijk wie daarover kan verklaren. Niet kan worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat zal worden verklaard. Bovendien geldt dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet hoeft te worden gespecificeerd. Gezien het beslag dat getuigenverhoren leggen op de schaarse tijd en capaciteit van de rechtspraak, is niet onbegrijpelijk dat rechters waar mogelijk proberen een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs te passeren. De beoordeling of een bewijsaanbod al dan niet moet worden gehonoreerd,

Het toont wel aan dat de Hoge Raad in bepaalde hem aansprekende gevallen niet aarzelt om ook feitelijke oordelen aan een (her)beoordeling te onderwerpen

is gezien het voorgaande voor een belangrijk deel feitelijk van aard en leent zich daarmee vaak niet voor toetsing in cassatie. In HR 11 juni 2021⁵⁵ lukt dat wel. Verzoeker tot cassatie heeft in zijn pleitnotities in hoger beroep een aanbod gedaan om door middel van getuigen aan te tonen dat een bepaalde *construction loan* in feite een langlopend krediet betrof. Het hof passeert dat aanbod als te weinig specifiek, volgens de Hoge Raad echter ten onrechte. De combinatie van pleitnotities, proces-verbaal en memorie van grieven laten volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat verzoeker zich op dat standpunt heeft gesteld en daarvoor bewijs heeft aangeboden.

Ook in HR 18 juni 2021⁵⁶ oordeelt de Hoge Raad dat het hof ten onrechte een bewijsaanbod heeft gepasseerd. In de zaak tussen Albert Heijn en haar groepsmaatschappijen (hierna Albert Heijn) enerzijds en een groot aantal franchisenemers en hun vereniging van franchisenemers (hierna de franchisenemers) heeft het hof bij de beoordeling van een bewijsaanbod een onjuiste maatstaf gehanteerd voor de vaststelling van een gemeenschappelijke partijbedoeling. De franchisenemers hebben aangeboden een tweetal betrokkenen als getuigen te horen. Het hof passeert dat bewijsaanbod omdat deze betrokkenen niet kunnen verklaren dat van de zijde van Albert Heijn voortgaand aan of bij het sluiten van de franchiseovereenkomst mededelingen aan de franchisenemers zijn gedaan of sprake is geweest van gedragingen waaruit deze partijbedoeling bleek en die door de franchisenemers ook als zodanig mochten worden opgevat. De Hoge Raad vernietigt dat oordeel omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het kunnen aannemen van een gemeenschappelijke partijbedoeling is niet vereist dat deze voor of bij het aangaan van de overeenkomst door middel van verklaringen of gedragingen aan de franchisenemers is overgebracht. Voldoende is dat komt vast te staan dat zowel de franchisenemers als Albert Heijn die bedoeling hadden.⁵⁷ Het arrest is overigens ook opmerkenwaardig omdat de Hoge Raad bereid is om de grotendeels feitelijke oordelen van het hof aan een herbeoordeling te onderwerpen. In deze zaak zijn maar liefst 48 vorderingen ingesteld tegen Albert Heijn. De rechtbank heeft deze allemaal afgewezen en bij het hof zijn de franchisenemers ook niet verder gekomen dan één toegewezen vordering. Dat was voor een belangrijk deel een feitelijke beoordeling, maar dat weerhoudt de Hoge Raad er niet van om de zaak aan een beoordeling te onderwerpen. Het valt niet altijd goed te voorzien waarom de Hoge Raad hiertoe in de ene zaak wel en de andere zaak niet toe bereid is. Mogelijk is de Hoge Raad geïnspireerd door de uitgebreide conclusie van A-G Hartlief die al eerder liet merken dat franchise een onderwerp is dat hem aan het hart gaat.⁵⁸ Wat hier ook van zij, het toont wel aan dat de Hoge Raad in bepaalde hem aansprekende gevallen niet aarzelt om ook feitelijke oordelen aan een (her)beoordeling te onderwerpen.

Ook in HR 16 oktober 2020⁵⁹ is de Hoge Raad bereid zich te verdiepen in de goeddeels feitelijke waardering van het geleverde bewijs. De zaak gaat over de verdeling van een huwelijksgemeenschap waarbij sprake is van een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding op grond waarvan de echtgenoten de tijdens het huwelijk overgespaarde inkomsten moeten verrekenen. De echtgenoot die zich op

de verrekening beroept, wordt geholpen door het bewijsvermoeden van artikel 1:141 lid 3 BW. Dat houdt in dat als komt vast te staan dat een verrekenbeding is overeengekomen en dat dit niet is uitgevoerd, wordt vermoed dat het gehele vermogen dat bij het einde van het huwelijk aanwezig is, is gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden. Dit betreft een wettelijk vermoeden waartegen tegenbewijs geleverd kan worden. Zowel de rechtbank, het hof als de A-G zijn van mening dat de man aannemelijk heeft gemaakt dat het gaat om privévermogen en dat hij dus is geslaagd in het weerleggen van het vermoeden dat de relevante vermogensbestanddelen tot het te verrekenen vermogen behoren. De Hoge Raad oordeelt anders. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof dat de man is geslaagd in de weerlegging van het vermoeden onjuist of onbegrijpelijk in het licht van de steeds wisselende stellingen van de man, de overigens gebrekkige onderbouwing van die stellingen en de gemotiveerde betwisting door de vrouw. Het kan dus lonen om in cassatie de bewijswaardering goed tegen het licht te houden.

Exhibitie

HR 19 februari 2021⁶⁰ is een bijzondere zaak waarin vier advocaten van Stibbe procederen tegen de Staat over de opheffing van een door hen gelegd bewijsbeslag.⁶¹ De zaak is een uitvloeisel van een strafzaak tegen vermogensbeheerder Box Consultants. In de daarmee samenhangende civiele zaak is aan het licht gekomen dat het Openbaar Ministerie kennis heeft genomen van vertrouwelijke e-mails tussen advocaten van Stibbe en de cliënt. De betrokken advocaten hebben vervolgens bewijsbeslag laten leggen op stukken uit het strafdossier op grond van schending van hun verschoningsrecht. De Staat vordert in kort geding opheffing van dit bewijsbeslag. In cassatie stelt de Hoge Raad allereerst vast dat het verschoningsrecht van de advocaat van fundamenteel belang is voor een goede rechtsbedeling en mede ertoe strekt te waarborgen dat de advocaat zijn taak naar behoren kan vervullen. Dat brengt mee dat een advocaat ook een vordering kan instellen ter zake van een schending van het verschoningsrecht, in het bijzonder op grond van onrechtmatige daad, zoals een verklaring voor recht, een verbod op verdere schendingen en schadevergoeding. Deze vorderingen komen de advocaat echter niet toe ten behoeve van zijn cliënt. Bij de beoordeling van de cassatieklachten met betrekking tot het bewijsbeslag verwijst de Hoge Raad op meerdere onderdelen naar de beslissingen in de *Molenbeek*-uitspraak.⁶² In zoverre is er weinig nieuws onder de zon. Anders dan de Staat had bepleit, staan de Wet politiegegevens (Wpg) en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg) volgens de Hoge Raad als zodanig niet in de weg aan een bewijsbeslag of een vordering op grond van artikel 843a Rv. Wel kunnen de overwegingen die onder de Wpg of Wjsg tot de uitkomst leiden dat met

betrekking tot bepaalde gegevens geen recht bestaat op verstrekking, gewichtige redenen opleveren als bedoeld in artikel 843a lid 4 Rv. In dat geval kan de exhibitievordering worden afgewezen, kan verlov voor een bewijsbeslag worden geweigerd of kan het beslag worden opgeheven. De Hoge Raad oordeelt dat het bewijsbeslag niet kan worden gelegd op de originele e-mails en stukken die deel uitmaken van het strafdossier, omdat die bescheiden zijn bestemd voor de openbare dienst (zie artikel 436 en 703 Rv). Een beslag op originele stukken belemmert bovendien de strafzaak doordat deze dan niet in de strafzaak kunnen worden ingebracht. Om deze reden kan bewijsbeslag wel worden gelegd op kopieën van de relevante bescheiden. Met betrekking tot de door de advocaten gevorderde beslagkosten ex artikel 706 Rv oordeelt de Hoge Raad dat deze alleen voor vergoeding in aanmerking komen als de vordering waarvoor het beslag is gelegd, toewijsbaar is en het beslag niet nietig is of onnoodig is gelegd. Omdat over de toewijsbaarheid van de vordering zal worden beslist in de hoofdzaak en het hof daarover geen oordeel heeft gegeven, kon het hof de vordering tot vergoeding van de beslagkosten niet in dit opheffingskortgeding toewijzen.

Rechtsmiddelen

Artikel 31 en 32 Rv

De artikelen 31 en 32 Rv bieden de rechter de mogelijkheid om een beslissing te herstellen in geval van een kennelijke fout (artikel 31 Rv) of aan te vullen als de rechter heeft verzuimd te beslissen op een onderdeel van het gevorderde of verzochte (artikel 32 Rv). Verbetering van een kennelijke fout op grond van artikel 31 Rv mag de rechter ook ambtshalve doen (maar niet dan nadat partijen daarover zijn gehoord). Tegen de verbetering of de weigering daarvan staat geen hogere voorziening open, tenzij het rechtsmiddelenverbod wordt doorbroken omdat de rechter buiten het toepassingsbereik van die bepaling is getreden. Dat laatste is het geval in HR 5 maart 2021.⁶³ Nadat schuldenaren waren toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, heeft de rechtbank de schuldsanering op verzoek van de bewindvoerder tussentijds beëindigd omdat schuldenaren niet hebben voldaan aan hun informatie- en inspanningsplicht (artikel 350 lid 3 sub c en d Fw). Hoewel in het vonnis wordt vermeld dat sprake was van een (substantiële) nalatenschap, heeft de rechtbank met verwijzing naar artikel 350 lid 5 Fw overwogen dat er onvoldoende baten beschikbaar zijn, en daarom niet het faillissement uitgesproken. Nadat schuldenaren hun tegen dit vonnis ingestelde hoger beroep hadden ingetrokken, is dit vonnis in kracht van gewijsde gegaan. Daarmee is de toepassing van de schuldsaneringsregeling geëindigd zonder het uitspreken van het faillissement. De bewindvoerder heeft zich op enig moment gewend tot de

54. ECLI:NL:HR:2021:374, NJ 2021/106.

55. ECLI:NL:HR:2021:856, NJ 2021/216 (X/Girobank).

56. ECLI:NL:HR:2021:957, RvdW 2021/659 (VAHFR c.s./Albert Heijn).

57. ECLI:NL:HR:2021:957, RvdW

2021/659 (VAHFR c.s./Albert Heijn),

r.o. 3.2.2.

58. Zie zijn conclusie voor HR 21 september

2018, ECLI:NL:HR:2018:1696,

NJ 2018/398.

59. ECLI:NL:HR:2020:1631, RvdW

2020/1126.

60. ECLI:NL:HR:2021:273, RvdW

2021/236 (Staat/advocaten Stibbe).

61. Zie ook D.E. Doorenbos & M.E. Rosing,

'Recht doen aan het verschoningsrecht',

Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderne-

ming, 2020, nr. 5/6, p. 217-224.

62. HR 13 september 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455,

m.nt. H.B. Krans (Molenbeek).

63. ECLI:NL:HR:2021:351, RvdW

2021/272.

Een verbetering van de uitspraak buiten de grenzen van artikel 31 Rv komt in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen

rechtbank en nogmaals gewezen op de nalatenschap. Op verzoek van de bewindvoerder heeft de rechtbank het vonnis vervolgens op de voet van artikel 31 Rv verbeterd omdat inmiddels was gebleken dat sprake was van een nalatenschap waaruit schuldenaren voldoende baten ontvingen om de vordering geheel of gedeeltelijk te voldoen. Omdat er alsnog baten bleken te zijn, heeft de rechtbank in het verbeteringsvonnis beslist dat schuldenaren van rechtswege in staat van faillissement verkeren zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. In cassatie klagen schuldenaren dat de rechtbank artikel 31 Rv onjuist heeft toegepast, omdat geen sprake is van een kennelijke fout in het oorspronkelijke vonnis waarin de schuldsanering tussentijds is beëindigd. Volgens de Hoge Raad is er geen plaats voor toepassing van artikel 31 Rv, omdat geen sprake is van een kennelijke fout als bedoeld in dat artikel. Het betreft immers een wijziging van de uitspraak op een punt waaraan de rechtbank in de oorspronkelijke uitspraak uitdrukkelijk inhoudelijke overwegingen heeft gewijd (er zijn geen baten), die strijdig zijn met de inhoud van het verbeteringsvonnis (er zijn wel baten). Een verbetering van de uitspraak buiten de grenzen van artikel 31 Rv komt in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Daar komt bij dat als gevolg van de verbeteringsuitspraak de schuldenaren met terugwerkende kracht failliet zijn verklaard. Dat is in strijd met het systeem van de Faillissementswet.

Termijnen en ontvankelijkheid

Wie op de laatste dag van de appeltermijn rond 23:30 uur per fax een beroepschrift bij het hof indient, speelt met vuur. In HR 16 oktober 2020⁶⁴ is er gelukkig geen brand ontstaan, maar dat had ook anders kunnen aflopen, getuige het feit dat de A-G tot een andere conclusie komt dan de Hoge Raad. Van het gefaxte beroepschrift, dat uit 22 pagina's bestond, blijken bij de ontvangst bij het hof slechts vier pagina's bedrukt te zijn. De overige pagina's zijn blanco. Per post is een exemplaar van het beroepschrift nagestuurd, dat dus na het verstrijken van de appeltermijn is ontvangen. Het hof heeft het beroep ondanks de blanco pagina's ontvankelijk verklaard omdat het niet afgedrukt zijn van de overige bladzijden het gevolg lijkt te zijn van een technische oorzaak die niet voor rekening van de appellant behoort te komen. De Hoge Raad laat deze beslissing in stand. Uit artikel 33 lid 3 Rv volgt dat de ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie van het gerecht voldoende is om de fax van het bericht als door het gerecht ontvangen aan te merken, nu het gerecht de verantwoordelijkheid voor dat apparaat draagt. Een storing of defect van dat apparaat waardoor het bericht niet wordt uitgedraaid, komt

niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient. Wordt een fax niet of niet in goede orde ontvangen op de griffie, dan moet worden nagegaan of dit te wijten is aan een storing of defect van het faxapparaat van de griffie. Als de apparatuur daarover geen uitsluitel biedt, kan de ontvangst van de fax ook langs andere weg voldoende aannemelijk worden gemaakt, bijvoorbeeld door een verzendbevestiging van de verzender.

De Hoge Raad zet de deformaliseringstendens door in HR 11 december 2020.⁶⁵ In de appeldagvaarding is door toevoeging van het woord 'International' aan de naam van de wederpartij in eerste aanleg per abuis de dochtervennootschap gedagvaard in plaats van de moedervennootschap. Nadat alsnog de moeder is opgeroepen en verschenen, verklaart het hof appelland niet-ontvankelijk omdat de moedervennootschap onevenredig in haar belangen is geschaad, omdat zij pas na het verstrijken van de appeltermijn op de hoogte is geraakt van het tegen haar ingestelde hoger beroep. De Hoge Raad is coulanter en vernietigt. Volgens de Hoge Raad laten de omstandigheden van de zaak geen andere conclusie toe dan dat sprake is geweest van een fout in de naamsaanduiding in het appelexploot. Omdat de procespartij in eerste aanleg als gevolg daarvan mogelijk nog niet van het ingestelde hoger beroep op de hoogte was, heeft het hof appelland terecht de gelegenheid gegeven om de juiste procespartij in het geding op te roepen, waarna die partij is verschenen. Het enkele feit dat een partij door een fout in het appelexploot pas op de hoogte is geraakt van het ingestelde hoger beroep nadat de appeltermijn was verstreken, brengt niet mee dat die partij daardoor onevenredig in haar belangen zou zijn geschaad. Volgens de Hoge Raad heeft het hof appelland dus ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Overigens kwam ook in deze zaak de A-G tot een andere conclusie, dus het devies blijft ook hier: voorkomen is beter dan genezen...

De vraag of degene voor wie een exploit bestemd is, door een gebrek in dat exploit onredelijk is benadeeld, komt ook aan de orde in de zaak die leidt tot HR 18 december 2020.⁶⁶ Het oproepingsbericht in cassatie is betekend (door achterlating in een gesloten envelop) aan een geheim adres van verweerder zoals bedoeld in artikel 2.59 BRP. Vanwege de geheimhoudingsindicatie in de BRP heeft de deurwaarder in het exploit niet het adres van verweerder vermeld, maar alleen de gemeente waarin dat adres gelegen is. Daarmee is niet voldaan aan de eis van artikel 45 lid 3 aanhef en onder d Rv dat het exploit de woonplaats – dat wil zeggen het woonadres – van de geëxploiteerde vermeldt. Verweerder verschijnt niet in de procedure. De vraag is of verstek kan worden verleend. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Of in een concreet geval de nietigheid van een exploit moet worden uitgesproken, hangt af van de vraag of aannemelijk is dat de verweerder door het gebrek onredelijk is benadeeld in een belang dat wordt beschermd door de geschonden norm dat de woonplaats van de eiser en de verweerder in het exploit moeten worden vermeld. Voor het exploit van betekening van het oproepingsbericht geldt bovendien dat de rechter op de voet van artikel 121 lid 3 Rv de nietigheid van het exploit uitspreekt als aannemelijk is dat het exploit de verweerder als gevolg van het gebrek niet heeft bereikt.

HR 23 april 2021 bewijst dat de verplichting om in sommige gevallen het instellen van een rechtsmiddel in te schrijven in het rechtsmiddelenregister als bedoeld in artikel 433 Rv een levensgevaarlijke valkuil blijft

Volgens de Hoge Raad dient vermelding van de woonplaats met name ter identificatie van de in het exploit genoemde personen. Als over die identiteit geen misverstand kan bestaan, is van onredelijke benadeling geen sprake en brengt niet-vermelding van de woonplaats geen nietigheid van het exploit mee. Ook voor nietigverklaring op de voet van artikel 121 lid 3 Rv zal in de regel geen plaats zijn op de enkele grond dat de woonplaats van de eiser of verweerder ontbreekt. Als het exploit vermeldt dat dit is betekend aan het in de BRP opgenomen geheime adres van de verweerder, moet de rechter in beginsel uitgaan van de juistheid van betekening aan dat adres. Het is dan niet aannemelijk dat het exploit de verweerder niet heeft bereikt als gevolg van het niet-vermelden van de woonplaats.

HR 23 april 2021⁶⁷ bewijst dat de verplichting om in sommige gevallen het instellen van een rechtsmiddel in te schrijven in het rechtsmiddelenregister als bedoeld in artikel 433 Rv een levensgevaarlijke valkuil blijft. De termijn voor deze inschrijving is kort (acht dagen), en de rechter moet ambtshalve nagaan of het rechtsmiddel tijdig is ingeschreven. Niet-tijdige inschrijving leidt tot niet-ontvankelijkheid. De onderhavige zaak betreft de verdeling van een nalatenschap waarbij de rechtbank een aantal erfgenamen heeft veroordeeld om mee te werken aan de levering van een woonhuis en heeft bepaald dat het vonnis zo nodig in de plaats treedt van de door de gedaagde erfgenamen te verrichten benodigde rechtshandelingen voor de levering. In het door de gedaagde erfgenamen ingestelde hoger beroep heeft het hof het vonnis vernietigd voor wat betreft het oordeel over het woonhuis en heeft het hof partijen gelast over te gaan tot verdeling van het woonhuis zoals bepaald in het arrest. In cassatie wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft nagelaten ambtshalve te onderzoeken of het hoger beroep tijdig was ingeschreven in het rechtsmiddelenregister (artikel 3:301 lid 2 jo. 3:300 lid 2 BW) en dat het hof de erfgenamen ten onrechte niet niet-ontvankelijk heeft verklaard in het hoger beroep. Deze klachten slagen. Volgens de Hoge Raad kan in dit geval het dictum van het vonnis van de rechtbank niet anders worden begrepen dan dat de rechtbank heeft bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van een deel van de leveringsakte en dat de rechtbank dus toepassing heeft gegeven aan artikel 3:300 lid 2 BW. Nu vaststaat dat de in eerste aanleg in het ongelijk gestelde erfgenamen het hoger beroep niet in het rechtsmiddelenregister hebben ingeschreven, had het hof hen op grond van artikel 3:301 lid 2 BW in hun hoger beroep niet-ontvankelijk moeten verklaren, voor zover het beroep zich richtte tegen het gedeelte van het vonnis waarin de rechtbank aan artikel 3:300 lid 2 BW toepassing heeft gegeven en de daarmee onlosmakelijk verbonden oordelen. Het cassatie-

beroep was overigens wel tijdig in het rechtsmiddelenregister ingeschreven, en dus ontvankelijk.

Van tussenuitspraken kan slechts in beroep of in cassatie worden opgekomen tegelijk met de einduitspraak. Dat is anders als de rechter tussentijds beroep of cassatie heeft toegestaan (artikel 337 Rv en artikel 401a lid 1 Rv). Een dergelijk verloop is niet nodig als het gaat om deelsuitspraken waarbij deels sprake is van een tussenuitspraak en deels van een einduitspraak. Daarvan kan – of zelfs moet – wel direct in beroep worden gekomen, ook van het tussenuitspraakdeel. Een cassatieberoep tegen het tussenuitspraakdeel is echter alleen ontvankelijk als (tevens) wordt geklaagd over het einduitspraakdeel (aangenomen dat van het tussenuitspraakdeel geen tussentijds beroep is opengesteld). In dat geval is ook een incidenteel (cassatie)beroep ontvankelijk, ook al is het slechts gericht tegen het tussenuitspraakdeel. Het volstaat dat in het principale (cassatie)beroep (mede) beroep is ingesteld tegen het einduitspraakdeel. HR 16 april 2021⁶⁸ maakt duidelijk dat deze regel ook geldt als door beide partijen bij een geschil een principaal (cassatie)beroep wordt ingesteld. In deze zaak hadden beide echtgenoten op dezelfde dag cassatieberoep ingesteld van een deelbeschikking. De man had daarbij mede klachten gericht tegen het einduitspraakdeel en was dus ontvankelijk in zijn beroep. De vrouw had alleen klachten gericht tegen het tussenuitspraakdeel. Toch is ook zij ontvankelijk volgens de Hoge Raad. Zij had namelijk ook incidenteel cassatieberoep kunnen instellen in het door de man ingestelde cassatieberoep en (alsnog) kunnen afzien van een zelfstandig cassatieberoep. Dat zij deze weg niet heeft gevolgd, maakt volgens de Hoge Raad niet uit.

Tegen uitspraken waarbij een voorlopige voorziening (zoals bedoeld in artikel 223 Rv) wordt toegestaan of geweigerd, kan – anders dan bij tussenuitspraken – wel direct hoger beroep of cassatie worden ingesteld (artikel 337 lid 1 Rv en 401a Rv). In de procedure die leidt tot HR 23 april 2021⁶⁹ stellen eisers zich op het standpunt dat het arrest van het hof waarbij een incidentele vordering tot zekerheidstelling op de voet van artikel 235 Rv is toegewezen, moet worden beschouwd als een uitspraak in de zin van artikel 223 Rv. De Hoge Raad gaat daarin niet mee. De vorderingen zoals bedoeld in artikel 234, 235 en 351 Rv zijn weliswaar van voorlopige aard omdat zij slechts gelden voor de duur van het geding, maar dat maakt nog niet dat deze zijn aan te merken als voorlopige voorzie-

64. ECLI:NL:HR:2020:1641, NJ 2020/393

(*werknemer/GVB Exploitatie*).

65. ECLI:NL:HR:2020:2009, NJ 2021/10

(*Call2Collect/Arvato Finance*).

66. ECLI:NL:HR:2020:2101, NJ 2021/25,

m.nt. A.I.M. van Mierlo.

67. ECLI:NL:HR:2021:647, NJ 2021/164.

68. ECLI:NL:HR:2021:584, NJ 2021/149.

69. ECLI:NL:HR:2021:644; NJ 2021/167

(*X/Ritzenhoff c.s.*).

ningen als bedoeld in artikel 223 en 401a Rv. Zij betreffen slechts een modaliteit van de uitgesproken veroordeling. Van deze beslissingen staat daarom geen tussentijds (casatie)beroep open, aldus de Hoge Raad.

Verstek en verzet

Wanneer in een procedure met meer gedaagden er ten minste één in het geding verschijnt, wordt volgens artikel 140 Rv tegen de niet-verschenen gedaagden verstek verleend en wordt tussen de eiser en de wel verschenen gedaagde(n) voortgeprocedeerd. Tussen alle partijen wordt dan één vonnis gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd (artikel 140 lid 3 Rv). Tegen zo'n vonnis staat (uitsluitend) hoger beroep open, en geen verzet, ook niet voor de niet-verschenen gedaagden. Artikel 140 Rv doorbreekt dus eigenlijk het leerstuk van de subjectieve cumulatie waarbij in een procedure tegen meerdere gedaagden in beginsel sprake is van evenzoveel afzonderlijke procedures. In HR 2 oktober 2020⁷⁰ is de vraag aan de

De Hoge Raad kent dus in dit geval meer gewicht toe aan het rechtsmiddelkarakter dan aan het voortzettingskarakter van verzet

orde wat het gevolg is als van een verstekvonnis tegen verschillende gedaagden slechts één van de gedaagden – met succes – verzet instelt: geldt het in verzet gewezen vonnis dan voor alle gedaagden of alleen voor de gedaagde die het verzet heeft ingesteld? De Hoge Raad beslist in laatstgenoemde zin: het door de ene gedaagde ingestelde verzet tegen een verstekvonnis werkt niet door in de verhouding tussen de oorspronkelijk eiser en de andere gedaagden die geen verzet hebben ingesteld. Dit houdt verband met het feit dat de regels die bepalen of en voor wie een rechtsmiddel openstaat en ten opzichte van welke partijen een rechtsmiddel en de daarop gedane uitspraak werking kunnen hebben, van openbare orde zijn. Als sprake is van subjectieve cumulatie zonder dat sprake is van een procesueel ondeelbare rechtsverhouding, behouden de zaken tegen ieder van de gedaagden hun processuele zelfstandigheid. Het verstekvonnis tegen alle gedaagden bevat dan ook zelfstandige uitspraken tegen ieder van hen. De regel dat een door een gedaagde ingesteld rechtsmiddel in beginsel niet doorwerkt in de verhouding tot zijn medegegdaagden, geldt voor verzet niet anders dan voor de andere gewone rechtsmiddelen. Door het verzet wordt de met het verstekvonnis geëindigde instantie heropend en voortgezet, maar alleen tussen de oorspronkelijke eiser en de gedaagde die het verzet instelt. De Hoge Raad kent dus in dit geval meer gewicht toe aan het rechtsmiddelkarakter dan aan het voortzettingskarakter van verzet. Dat roept de vraag op hoe zich dit verhoudt met de eerdergenoemde regel van artikel 140 Rv. Want waarom is de situatie waarop dat artikel ziet – het verschijnen van een van de

gedaagden leidt tot een vonnis op tegenspraak tegen alle gedaagden – anders dan de onderhavige waarbij een van de gedaagden verzet aantekent?⁷¹

Het voortzettingskarakter van verzet blijkt uit HR 26 maart 2021.⁷² In deze zaak speelt de vraag of het mogelijk is om in een verzetprocedure na faillietverklaring te verzoeken om alsnog toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling. Rechtbank en hof hebben dit verzoek afgewezen. Als het faillissement is uitgesproken, zou de schuldenaar alleen via de weg van artikel 15b Fw nog om toelating tot de wettelijke schuldsanering kunnen verzoeken.⁷³ De Hoge Raad oordeelt echter dat dit anders ligt in geval van verzet.⁷⁴ Door het instellen van het rechtsmiddel van verzet wordt de instantie heropend en op tegenspraak in dezelfde instantie voortgezet. Het verzet biedt de verweerder die niet was verschenen en daardoor zijn belangen bij de rechter niet heeft verdedigd, daartoe alsnog de gelegenheid. Het past volgens de Hoge Raad bij deze strekking van het rechtsmiddel van verzet dat de schuldenaar die in verzet komt van het vonnis waarbij hij failliet is verklaard, in de verzetprocedure alsnog op de voet van artikel 3 Fw om toelating tot de schuldsaneringsregeling kan verzoeken. Bovendien sluit dit ook aan bij het uitgangspunt dat het faillissement van een natuurlijke persoon zoveel mogelijk moet worden tegengegaan. De Hoge Raad hanteert hier dus het voortzettingskarakter van het rechtsmiddel van verzet als rechtvaardiging om het verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling toch mogelijk te achten, ondanks dat het faillissement al is uitgesproken.

Hoger beroep

De devolutieve werking van het hoger beroep blijft voor de praktijk een lastig leerstuk. Op grond van (de positieve zijde van) de devolutieve werking moet de appelrechter, als een of meer grieven slagen, alle stellingen en verweren beoordelen die geïntimeerde in eerste aanleg heeft aangevoerd, maar die door de rechtbank zijn verworpen of niet zijn behandeld, voor zover deze in appel niet zijn prijsgegeven. In HR 4 december 2020⁷⁵ past de Hoge Raad deze regel echter ook toe op de verweren die appellant in eerste aanleg heeft aangevoerd. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator van een failliet verklaard bouwbedrijf tegen een aantal kopers toegewezen op de primaire grondslag (nakoming) en op die grond ook de contractuele rente van 8% op jaarbasis toegewezen. In het door de kopers ingestelde hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat de vorderingen van de curator niet kunnen worden toegewezen op de primaire grondslag, maar wel op de subsidiaire grondslag (ongerechtvaardigde verrijking). Het hof meent dat de kopers geen kenbare grief hebben gericht tegen de toewijzing van de contractuele rente en wijst daarom ook de contractuele rente toe. De Hoge Raad oordeelt dat het hof de toewijsbaarheid van de gevorderde contractuele rente op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep opnieuw had moeten beoordelen. Daartoe is niet vereist dat kopers tegen de toewijzing van de contractuele rente een afzonderlijke grief aanvoeren. Hoewel dit valt te begrijpen vanuit de gedachte dat de grieven over het bestaan van de verbintenis tot nakoming ook het partijdebat over de contractuele rente ontsluiten, maakt dit

oordeel het er voor de praktijk bepaald niet makkelijker op. Wij gingen er – met A-G Hartlief, die tot een andere beoordeling komt dan de Hoge Raad – van uit dat de positieve zijde van de devolutieve werking alleen betrekking heeft op de verweren en stellingen van de *geïntimeerde* in eerste aanleg, die in hoger beroep aan de orde komen als de appelrechter een of meer grieven van de appellatant laat slagen. In dat geval zou het grievenstelsel eraan in de weg staan dat het hof na het slagen van de grieven van kopers (appellanten) met betrekking tot de nakomingsvordering van de curator, ambtshalve de stellingen van kopers in eerste aanleg over de contractuele rente herbeoordeelt. Kopers komen bij de Hoge Raad dus goed weg, maar het had ook anders kunnen aflopen, en zij hadden er veiligheidshalve goed aan gedaan ook grieven te formuleren op het punt van de contractuele rente.

Een vergelijkbare zaak die op een andere manier tot min of meer dezelfde uitkomst leidt, is HR 30 oktober 2020.⁷⁶ De procedure betreft een geschil tussen Q-Park en Dekka over de uitleg van een parkeerovereenkomst. Volgens die overeenkomst moet Dekka aan Q-Park een beschikbaarheidsvergoeding betalen als er minder parkeerabonnementen worden afgenomen dan is overeengekomen. Dekka vordert terugbetaling van deze beschikbaarheidsvergoeding omdat deze onverschuldigd zou zijn betaald, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a BW. Het hof wijst deze vordering toe, inclusief de wettelijke handelsrente omdat de verschuldigdheid daarvan op zichzelf niet is bestreden. In cassatie klaagt Q-Park onder verwijzing naar artikel 6:119a BW en artikel 24 Rv dat het hof de wettelijke handelsrente heeft toegewezen. Deze klacht slaagt.

De Hoge Raad overweegt dat de wettelijke handelsrente alleen verschuldigd is als sprake is van een geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten bij een handelsovereenkomst, en dus niet in geval van andere geldelijke verplichtingen waartoe zo'n overeenkomst aanleiding kan geven, zoals in dit geval een vordering uit onverschuldigde betaling. Dat de wettelijke handelsrente niet is bestreden, doet niet ter zake. In zijn conclusie legt A-G Valk uit waarom: uit artikel 24 Rv volgt dat een rechter de toewijsbaarheid van een vordering moet onderzoeken en beslissen op grond van de feiten die aan de vordering ten grondslag zijn gelegd. De partij die zich op bepaalde rechtsgevolgen beroept (verschuldigdheid van wettelijke handelsrente), zal de daarvoor benodigde feiten moeten stellen (dat sprake is van een handelsovereenkomst). Doet hij dat niet, dan moet de rechter de vordering afwijzen, ook als de wederpartij er niet op heeft gewezen dat hij onvoldoende feiten heeft gesteld. De rechter treedt niet buiten de rechtsstrijd als hij onderzoekt of een

partij wel voldoende heeft gesteld voor het door hem gewenste rechtsgevolg.⁷⁷

Ook in de zaak die leidt tot HR 5 maart 2021⁷⁸ heeft het hof volgens de Hoge Raad de devolutieve werking van het appel miskend. De rechtbank wijst in eerste aanleg de vorderingen van een vereniging van eigenaren (VvE) tegen een aannemer af omdat deze vorderingen zijn verjaard. In hoger beroep oordeelt het hof dat de vorderingen van de VvE niet zijn verjaard, en wijst de vordering tot schadevergoeding toe. De Hoge Raad vernietigt. Het oordeel van het hof dat de vorderingen niet waren verjaard, bracht mee dat het hof vervolgens had moeten beoordelen of – en zo ja op welke grond – de vorderingen van de VvE toewijsbaar waren. Daarbij had het hof op grond van de devolutieve werking moeten betrekken dat de aannemer in eerste aanleg een aantal gemotiveerde verweren heeft gevoerd tegen de vorderingen, waaronder de stelling dat hij niet toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de met de VvE gesloten overeenkomst.

De hiervoor genoemde zaken bewijzen wat ons betreft dat het procesrecht, en zeker het appelprocesrecht, hoognodig aan vereenvoudiging toe is. Als de Hoge Raad en de A-G al tot verschillende conclusies komen over de devolutieve werking van het appel, hoe kan van de gemiddelde advocaat dan verwacht worden dat hij dit leerstuk doorgrondt en daarop in zijn processtukken anticipeert? Deze onduidelijkheid werkt in de hand dat advocaten in het belang van hun cliënt het zekere voor het onzekere moeten nemen bij het schrijven van hun processtukken en lang niet altijd uit de voeten zullen kunnen met de paginalimiet van 25 pagina's. Misschien moet voor de vereenvoudiging worden gekeken naar Curaçao, waar het hof, anders dan in Nederland, in beginsel niet beperkt is tot een onderzoek van de aangevoerde grieven, maar de bevoegdheid heeft om buiten de grieven om het bestreden vonnis te vernietigen (artikel 281a Rv Curaçao). HR 11 juni 2021⁷⁹ maakt wel duidelijk dat deze bevoegdheid alleen kan worden uitgeoefend

De hiervoor genoemde zaken bewijzen wat ons betreft dat het procesrecht, en zeker het appelprocesrecht, hoognodig aan vereenvoudiging toe is

70. ECLI:NL:HR:2020:1546, RvdW 2020/1057 (ACT Commodities/Youngray c.s.).

71. Van Malsen en Andes pleiten in hun noot onder het arrest daarom voor aanpassing van artikel 140 Rv zodat deze enkel nog zou zien op ondeelbare rechtsverhoudingen. Zie hun noot onder JBPr 2021/5.

72. ECLI:NL:HR:2021:460, NJ 2021/128.

73. Zie HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4947, NJ 2010/69, r.o. 3.4. Eerder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kan worden ingediend door een schuldenaar zolang de behandeling van het faillissementsverzoek nog niet is gesloten. Dat kan ook in hoger beroep, indien het faillissementsverzoek in

eerste aanleg is afgewezen. Als het faillissement eenmaal is uitgesproken, is dit niet meer mogelijk, ook niet als de schuldenaar hoger beroep heeft aangetekend.

74. Verzet was in dit geval mogelijk omdat de schuldenaar niet was gehoord. Zie art. 8 lid 2 Fw.

75. ECLI:NL:HR:2020:1954, NJ 2021/7 (Van Logtestijn q.q./kopers).

76. ECLI:NL:HR:2020:1710, RvdW 2020/1143 (Q-Park/Dekka).

77. Conclusie A-G Valk voor HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1710 (Q-Park/Dekka), nr. 3:18.

78. ECLI:NL:HR:2021:345, RvdW 2021/276 (X/Vereniging van eigenaars).

79. ECLI:NL:HR:2021:860, NJ 2021/215 (strandexploitant/Watersports Events c.s.).

binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Gelet op het partijdebat mocht het hof niet in hoger beroep een andere vorm van schadevergoeding (op te maken bij staat) in de plaats stellen van de door het gerecht uitgesproken veroordeling tot schadevergoeding in natura (door het aangaan van een huurovereenkomst).

In HR 21 mei 2021⁸⁰ gaat het om een verzoek tot nietigverklaring van ontslag op staande voet. Daarbij speelt de vraag of dit verzoek is ingediend binnen de termijn van artikel 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW, te weten twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. In dit geval is de werknemer op 26 oktober 2018 ontslagen. De termijn voor het indienen van het verzoek eindigde dus op 26 december 2018, om 24:00 uur. Dat is tweede kerstdag. Die termijn werd niet verlengd, omdat de Algemene Termijnenwet nog niet van toepassing was op deze termijn toen het verzoekschrift werd ingediend.⁸¹ De kantonrechter heeft geoordeeld dat het verzoekschrift daarom voor 25 december moest zijn ingediend om ontvankelijk te zijn (daarmee de termijn verkortend tot 24 december 24:00 uur). Aangezien niet was komen vast te staan dat deze termijn is overschreden, acht de kantonrechter de werknemer ontvankelijk. Het verzoek wordt echter alsnog afgewezen. Tegen dit oordeel is de werknemer in hoger beroep gekomen. De werkgever heeft van zijn kant incidenteel beroep ingesteld tegen het oordeel over de ontvankelijkheid. Het hof heeft de werknemer vervolgens alsnog niet-ontvankelijk verklaard, waarbij het heeft overwogen dat tussen partijen niet in geschil was dat de termijn eindigde op 24 december 24:00 uur en dat het verzoekschrift pas later is ontvangen (per fax). In cassatie klaagt de werknemer onder andere dat het hof 24 december 24:00 uur heeft gehanteerd als einde van de termijn voor het indienen van het verzoek. Dat standpunt is op zichzelf juist. De termijn eindigde op tweede kerstdag en de Algemene Termijnenwet gold destijds nog niet waardoor de termijn niet werd verlengd. Dat betekent echter niet dat de termijn dan wordt verkort. Het verzoekschrift was dan ook nog op tijd, ook als het pas op 25 december was ontvangen. Wat het ingewikkeld maakt, is dat de werknemer in hoger beroep geen punt had gemaakt van de onjuistheid van de eindbeslissing van de kantonrechter ten aanzien van het einde van de termijn. Daartoe zag hij mogelijk geen aanleiding, aangezien hij op dit punt niet had verloren. Volgens het grievenstelsel blijft een eindbeslissing echter buiten de rechtsstrijd als daartegen geen grief is aangevoerd, een en ander behoudens de werking van de openbare orde en de devolutieve werking van het hoger beroep binnen het door de grieven ontsloten gebied. Dat geldt ook als het gaat om onjuiste beslissingen omtrent het recht, zoals hier het geval is. De Hoge Raad oordeelt dat het hof hier wel zelf het juiste einde van de termijn had moeten vaststellen. De termijn van artikel 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW strekt weliswaar niet ter bescherming van zodanig zwaarwichtige belangen dat hij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast zou moeten worden, maar als een beroep wordt gedaan op deze termijn en de aanvangsdatum vaststaat (zoals hier), dient de rechter vast te stellen wanneer de termijn afloopt.⁸²

Cassatie

In 2020 kreeg de Hoge Raad een nieuwe president. Maarten Feteris is per 1 november 2020 teruggetreden. Zijn opvolger is Dineke de Groot en zij is daarmee de eerste vrouwelijke president van de Hoge Raad sinds de oprichting in 1838.⁸³ In 2020 heeft de Hoge Raad 393 civiele zaken afgehandeld. Dat is aanzienlijk meer dan in 2019 toen de uitstroom van zaken 328 bedroeg. Om en nabij de helft van de zaken in 2020 leidde tot een inhoudelijke behandeling en iets minder dan de helft werd afgedaan op basis van artikel 81 RO, dat wil zeggen zonder inhoudelijke motivering. Slechts één keer werd een zaak op grond van artikel 80a RO niet-ontvankelijk verklaard omdat de cassatieklachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigden. De gemiddelde doorlooptijd is daardoor wel toegenomen omdat nauwelijks sprake is van eenvoudige zaken die buiten behandeling kunnen worden gelaten.⁸⁴

Gezien de kerntaken van de Hoge Raad (rechtsontwikkeling, rechtsbescherming en waarborgen van rechts-eenheid) is het nuttig dat er ook beperkingen zijn op de mogelijkheden om rechtsmiddelen zoals hoger beroep en cassatie in te stellen. Volgens artikel 332 lid 1 Rv is het niet mogelijk in hoger beroep te komen van vonnissen waarbij de vordering niet meer beloopt dan € 1750, of wanneer, in geval van een vordering van onbepaalde waarde, er duidelijke aanwijzingen bestaan dat de vordering geen hogere waarde vertegenwoordigt dan € 1750. Hoger beroep is aldus uitgesloten, maar cassatie is dat niet. Ten aanzien van vonnissen en beschikkingen van de kantonrechter waarvan hoger beroep is uitgesloten, zijn de mogelijkheden om in cassatie te gaan beperkt. Artikel 80 lid 1 RO bepaalt dat een partij slechts cassatie kan instellen wegens (a) het niet inhouden van de gronden waarop het vonnis of de beschikking berust, (b) het niet in het openbaar gedaan zijn van het vonnis of, voor zover rechte vereist, de beschikking, (c) onbevoegdheid, of (d) overschrijding van rechtsmacht. Volgens HR 16 maart 2007⁸⁵ is cassatieberoep ook mogelijk als sprake is van een schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken. Daarvan is sprake bij een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Buiten deze gronden is cassatie dus niet mogelijk. HR 9 oktober 2020⁸⁶ stelt de vraag aan de orde of de in artikel 80 lid 1 RO genoemde gronden zouden moeten worden uitgebreid met schending van het Unierecht. In de onderhavige zaak gaat het om een beschikking van de kantonrechter in een procedure over het verkrijgen van compensatie op grond van Verordening (EG) 261/2004 in geval van annulering of vertraging van een vlucht (van in dit geval Ryanair). Hoger beroep was op grond van artikel 332 Rv⁸⁷ uitgesloten. Ryanair betoogt dat ook rechtsklachten mogelijk zouden moeten zijn die inhouden dat (i) sprake is van een schending van Unierecht, dan wel (ii) de kantonrechter ten onrechte heeft verzuimd om prejudiciële vragen te stellen. Zoals de A-G opmerkt, is (ii) eigenlijk een uitwerking van (i) aangezien de kantonrechter – als sprake is van een appelverbod – de rechter in hoogste instantie is, zodat hij in voorkomende gevallen prejudiciële vragen moet stellen. Volgens Ryanair heeft deze uitbreiding tot doel de Hoge Raad in staat te stellen om enerzijds zelf te toetsen of de kantonrechter het Unierecht juist heeft toe-

gepast en anderzijds erop toe te zien dat de kantonrechter, indien daartoe een verplichting bestaat, vragen over de uitleg van het Unierecht voorlegt aan het Hof van Justitie. De Hoge Raad gaat echter niet mee met dat betoog en ziet geen aanleiding om de in artikel 80 lid RO genoemde gronden van cassatie uit te breiden. De Hoge Raad licht dat verder niet toe. Mogelijk heeft daarbij een rol gespeeld – zoals de A-G uiteenzet – dat er geen goede redenen lijken te bestaan om het Unierecht een status aparte te geven (waar dit niet geldt voor Nederlands recht). In de praktijk blijken kantonrechters namelijk niet te aarzelen om prejudiciële vragen te stellen als het Unierecht daartoe aanleiding geeft.⁸⁸

Beslag- en executierecht

Anders dan voorgaande jaren is de beslagsyllabus in het afgelopen kroniekjaar aangepast in november 2020 en augustus 2021. De wijzigingen in de meest recente versie houden deels verband met de gefaseerde inwerkingtreding van de Wet herziening beslag- en executierecht.⁸⁹ Daarvan is de derde en laatste tranche in werking getreden per 1 april 2021. Onderdeel daarvan is artikel 442 Rv, dat een vereenvoudigde wijze van beslag op een geregistreerd motorrijtuig mogelijk maakt. Anders dan voorheen hoeft de deurwaarder de motorrijtuigen niet meer daadwerkelijk te zien om er beslag op te kunnen leggen, maar kan ‘administratief beslag’ worden gelegd bij proces-verbaal, dat wordt ingeschreven in het kentekenregister. In verband hiermee worden in de Beslagsyllabus auto’s niet langer genoemd als voorbeeld van eenvoudig te verduisteren goederen waarvoor onder omstandigheden een bevel tot gerechtelijke bewaring kan worden gegeven zonder dat de beslagene wordt gehoord.⁹⁰ Interessant is verder dat de Beslagsyllabus refereert aan de uitfasering van de fax per 1 januari 2022. Zoals hiervoor al aan de orde

Vermeldenswaardig is dat het per 28 juni 2021 in het kader van een pilot bij de Rechtbank Amsterdam mogelijk is om beslagrekeningen digitaal in te dienen

80. HR 21 mei 2021,

ECLI:NL:HR:2021:747, NJ 2021/198.

81. Dat is met ingang van 1 januari 2019

gewijzigd door inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW 2019. Thans is de Algemene Termijnenwet wel van toepassing op de termijnen van art. 7:686a lid 4 BW.

82. Zie ook de noot van Lewin onder JBPr 2021/28 die aandacht vraagt voor de vraag of de Hoge Raad hier een uitzondering maakt op het grievenstelsel op grond van

de openbare orde.

83. <https://2020.jaarverslaghogeraad.nl/2020-uitgelicht/inleiding/>.

84. <https://2020.jaarverslaghogeraad.nl/civiele-zaken/inleiding-en-cijfers/>.

85. ECLI:NL:HR:2007:AZ1490, NJ 2007, 637, m.nt. HJS.

86. ECLI:NL:HR:2020:1591, RvdW 2020/1079 (Ryanair/verweerders).

87. Dat artikel is van toepassing op grond van de Verordening Europese procedure

kwam, wordt aan die uitfasering verder (te) weinig ruchtbaarheid gegeven. Vermeldenswaardig is wel dat het per 28 juni 2021 in het kader van een pilot bij de Rechtbank Amsterdam mogelijk is om beslagrekeningen digitaal in te dienen.⁹¹ Als de pilot goed verloopt, zou die mogelijkheid dit najaar bij alle rechtbanken worden geïntroduceerd.

Een dwangsom dient als prikkel voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. In de zaak die leidt tot HR 13 november 2020⁹² zijn de eigenaren van een ingesloten erf veroordeeld tot naleving van de voorwaarden die zijn verbonden aan het gebruik van een noodweg, waarbij een dwangsom is opgelegd voor overtreding van die voorwaarden door de eigenaren zelf of hun huurders, gebruikers en bezoekers. De vraag rijst onder meer of een dwangsom ook kan worden opgelegd als voor de nakoming van de hoofdveroordeling de medewerking nodig is van anderen dan de veroordeelde. Die vraag wordt bevestigend beantwoord. Wel is het zo dat als na het opleggen van de dwangsomveroordeling blijkt dat het niet aan de veroordeelde maar aan anderen ligt dat niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan, de veroordeelde op de voet van artikel 611d lid 1 Rv kan vorderen dat de rechter de dwangsom opheft, opschort of vermindert in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen is sprake als zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als prikkel zijn zin verliest. Dat doet zich voor als niet aan de hoofdveroordeling is voldaan, maar het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht. In het kader van artikel 611d lid 1 Rv moet de rechter dan ook onderzoeken of de veroordeelde sinds zijn veroordeling redelijkerwijze al het mogelijke heeft gedaan om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Als voor de voldoening aan de hoofdveroordeling medewerking van anderen nodig is, moet de veroordeelde redelijkerwijs al het mogelijke te doen om ervoor te zorgen dat deze anderen hun medewerking verlenen. Als het zo is dat de veroordeelde aan deze inspanningsplicht heeft voldaan voordat de hoofdveroordeling wordt uitgesproken, en dat dus op voorhand moet worden aangenomen dat het onredelijk is om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen, is voor de oplegging van een dwangsom geen plaats. In dat geval vormt de dwangsom immers geen prikkel tot nakoming.

Op grond van artikel 475 Rv kan beslag worden gelegd op vorderingen die de beslagene op derden heeft of ‘uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechts-

voor geringe vorderingen in verbinding met art. 2 lid 2 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen.

88. Zie conclusie A-G Drijber voor HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:1591, RvdW 2020/1079, nr. 3.28.

89. Wet van 3 juni 2020 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executie-

recht, Stb. 2020, 177.

90. Zie Beslagsyllabus augustus 2021, p. 27, www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/beslagsyllabus.pdf.

91. Zie www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Paginas/beslagrekeningen-digitaal.aspx.

92. ECLI:NL:HR:2020:1783, NJ 2020/427.

Het hangt van de aard van de vorderingen en de relatie tussen partijen af of een vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding in de zin van artikel 475 Rv, als de vordering pas ontstaat door de uitoefening van een daartoe strekkend wilsrecht

verhouding rechtstreeks zal verkrijgen'. In HR 23 april 2021⁹³ rijst de vraag of daaronder ook privé-opnames vallen die een van de vennoten van een vof op grond van de vof-overeenkomst heeft gedaan. In dit geval is beslag gelegd onder de vof ten laste van vennoot 1. Vennoot 2 heeft namens de vof verklaard dat de vof niets aan vennoot 1 verschuldigd is of zal worden uit een bestaande rechtsverhouding, maar daarna heeft vennoot 1 voor circa € 80.000 aan privé-opnames gedaan. Vennoot 2 wordt verweten een onjuiste verklaring te hebben afgelegd en hij wordt aangesproken tot betaling. De vof-overeenkomst bepaalt dat elk van de vennoten periodiek voor privé-gebruik een in onderling overleg te bepalen bedrag uit de vennootschap mag opnemen. Vennoot 2 betoogt dat de afgeroepen voorschotbetalingen (de privé-opnames) niet rechtstreeks zijn verkregen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding, omdat deze betalingen pas werden verricht nadat vennoot 1 zijn wilsrecht had uitgeoefend. In dat verband wordt een beroep gedaan op het *Kredietruimte*-arrest,⁹⁴ waaruit volgt dat het enkele bestaan van een kredietrelatie nog geen vordering van de cliënt op de bank impliceert. Een voor beslag vatbare vordering ontstaat pas als de cliënt van zijn bevoegdheid tot afroep gebruik maakt. Vennoot 2 betoogt in lijn hiermee dat de privé-opnames niet onder het derdenbeslag vallen, omdat die betalingen pas zijn verricht nadat vennoot 1 zijn wilsrecht tot privé-opnames had uitgeoefend. De Hoge Raad ziet dat anders. Het hof is op basis van de uitleg van de vof-overeenkomst terecht tot de conclusie gekomen dat de privé-opnames wel onder het beslag vallen. Er is hier sprake van een andere situatie dan in het *Kredietruimte*-arrest. Het gaat er hier om dat de vof voorschotbetalingen onder zich houdt die, ook als die nooit worden opgenomen, in een latere winstuitkering zullen zijn begrepen. Er is dan niet veel verschil met beslag onder een werkgever ten laste van een werknemer op toekomstige loonbetalingen, die volgens de wetgeschiedenis juist wel onder het beslag vallen. Het hangt dus van de aard van de vorderingen en de relatie tussen partijen af of een vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding in de zin van artikel 475 Rv, als de vordering pas ontstaat door de uitoefening van een daartoe strekkend wilsrecht.

Op grond van het volkenrecht geldt voor goederen van een vreemde staat de presumptie van immuniteit. Dat houdt in dat deze in beginsel niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij deze worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden. Daarbij geldt bovendien dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigen-

dommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet. Het is aan de schuldeiser om aan te tonen dat de goederen waarop hij zich wil verhalen, worden gebruikt of bestemd zijn voor andere dan publieke doeleinden en dit zal per vermogensbestanddeel moeten worden bepaald.⁹⁵ Hoe de schuldeiser precies moet aantonen wat de bestemming is van een goed was evenwel onduidelijk. In de literatuur is de opvatting verdedigd dat het daarbij aan zou komen op de vraag wat de *onmiddellijke* bestemming van de goederen is.⁹⁶ Indien de schuldeiser zou aantonen dat deze onmiddellijke bestemming commercieel is, zouden de goederen vatbaar zijn voor beslag en executie, ook als de uiteindelijke bestemming mogelijk een publieke zou zijn. Deze opvatting is in lagere rechtspraak meermaals aanvaard, zo ook in de zaak die heeft geleid tot HR 18 december 2020.⁹⁷ De Hoge Raad oordeelt echter anders. Volgens hem strookt het niet met de hiervoor beschreven presumptie van immuniteit van executie als de immuniteit is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is. De omstandigheid dat de opbrengsten van de beslagen goederen – in dit geval opbrengsten uit aandelen in een oliebedrijf – bestemd zijn om de nationale welvaart van de vreemde staat te vergroten, wijst er volgens de Hoge Raad in beginsel op dat de aandelen een publieke bestemming hebben. De Hoge Raad ziet dus geen aanleiding schuldeisers tegemoet te komen in de op hen rustende bewijslast en maakt het hun nog lastiger om zich te verhalen op goederen van een vreemde staat. De vraag is dan ook of er nog wel reële mogelijkheden bestaan voor verhaal op vermogen van vreemde mogendheden in Nederland.⁹⁸

Arbitrage en mediation

Ook dit kroniekjaar komt er nog geen einde aan de *Yukos*-saga. In 2014 is de Russische Federatie in een aantal arbitrale vonnissen veroordeeld tot betaling van circa \$ 50 miljard aan schadevergoeding aan de (voormalige) aandeelhouders van Yukos. De Russische Federatie heeft bij de Rechtbank Den Haag vernietiging van deze arbitrale vonnissen gevorderd, aanvankelijk met succes. In hoger beroep heeft het Hof Den Haag de vordering tot vernietiging alsnog afgewezen. De Russische Federatie heeft daartegen cassatieberoep ingesteld. Hangende dat cassatieberoep heeft de Russische Federatie de Hoge Raad verzocht om schorsing van de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen dan wel zekerheidstelling op grond van artikel 1066 lid 2 en lid 5 (oud) Rv. In zijn tussenbeschikking van 25 september 2020⁹⁹ (besproken in de vorige kroniek) heeft de Hoge Raad zich bevoegd verklaard kennis te nemen van deze verzoeken. HR 4 december 2020¹⁰⁰ gaat

met name over de vraag of de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen op grond van artikel 1066 lid 2 (oud) Rv moet worden geschorst totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist. De Hoge Raad overweegt dat het schorsingsverzoek op de voet van artikel 1066 lid 2 (oud) Rv gericht is op het verkrijgen van een voorlopige voorziening. De rechter moet zich bij zijn beslissing een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis en daarnaast de belangen van partijen afwegen. Uitgangspunt voor de rechter is dat de vordering tot vernietiging alleen kan slagen als zich een vernietigingsgrond als bedoeld in artikel 1065 (oud) Rv voordoet. Als de rechter in de vernietigingsprocedure in de voorgaande instantie al heeft geoordeeld over de vordering tot vernietiging, moet de rechter die beslist op het schorsingsverzoek met dat oordeel rekening houden. Als de vordering tot vernietiging in een eerdere instantie is afgewezen, moet de rechter die beslist op het schorsingsverzoek meer terughoudendheid betrachten dan wanneer de rechter in de vernietigingsprocedure nog niet heeft beslist. Omdat in deze zaak door de rechtbank en hof al een oordeel is gegeven over vernietigingsvordering, moet de Hoge Raad zich een voorlopig oordeel vormen over de kans van slagen van het cassatieberoep. Dat oordeel houdt in dat de kans dat de in het schorsingsverzoek genoemde klachten leiden tot vernietiging van (een van) de arresten van het hof – en vervolgens tot vernietiging van de arbitrale vonnissen – niet zodanig is dat de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen moet worden geschorst. Ook een belangenafweging leidt tot de slotsom dat het schorsingsverzoek moet worden afgewezen.

Herroeping van een arbitraal vonnis is op grond van artikel 1068 lid 1 Rv in drie gevallen mogelijk, namelijk (kort gezegd) als na het arbitraal vonnis blijkt dat een van de partijen (a) bedrog of (b) valsheid in geschrifte heeft

gepleegd, of (c) stukken heeft achtergehouden die voor de beoordeling van belang zouden zijn geweest. Volgens artikel 1068 lid 2 Rv moet de vordering tot herroeping worden ingesteld binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid in geschrifte bekend is geworden of een partij de nieuwe bescheiden in handen heeft gekregen. HR 28 mei 2021¹⁰¹ beantwoordt de vraag wanneer de driemaandstermijn gaat lopen als een beroep wordt gedaan op meerdere herroepingsgronden: die termijn kan voor elke grond beginnen op hetzelfde moment of juist op uiteenlopende momenten, al naar gelang de omstandigheden van het geval. In dit geval heeft het hof een begrijpelijk oordeel gegeven over dat aanvangsmoment. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

In 2018 was de arbitragewereld in rep en roer na de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak tussen Achmea en Slowakije.¹⁰² Kort gezegd oordeelde het HvJ EU in die zaak dat een arbitrageregeling zoals opgenomen in het investeringsakkoord tussen Nederland en Slowakije in strijd is met het Unierecht. Doordat onder het investeringsakkoord ingestelde arbitragepanelen wel het Unierecht kunnen uitleggen of toepassen, maar geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen voorleggen, bestaat het risico dat afbreuk wordt gedaan aan de uitsluitende bevoegdheid van het Hof van Justitie om het Unierecht uit te leggen en daarmee aan de autonome werking van het Unierecht. Langs dezelfde lijnen zet het HvJ EU naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Franse rechter op 2 september 2021¹⁰³ in de zaak *Republiek Moldavië/Komstroy* een streep door de regeling van artikel 26 van het Energiehandvest¹⁰⁴ (EHV) voor de beslechting van geschillen tussen landen en investeerders binnen de EU. Volgens het HvJ EU is arbitrage als mechanisme voor de beslechting van een geschil tussen lidstaten niet geschikt om te verzekeren dat de geschillen worden beslecht door een rechterlijke instantie die tot het rechterlijke stelsel

Langs dezelfde lijnen zet het HvJ EU naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Franse rechter op 2 september 2021 in de zaak *Republiek Moldavië/Komstroy* een streep door de regeling van artikel 26 van het Energiehandvest voor de beslechting van geschillen tussen landen en investeerders binnen de EU

93. ECLI:NL:HR:2021:640, NJ 2021/163.

94. HR 29 oktober 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203, m.nt. H.J. Sniijders.

95. HR 30 september 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190

(*Morning Star*); HR 14 oktober 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191

(*Staat/Servaas*); en HR 14 oktober 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192 (N.N.

c.s./Staat der Nederlanden), m.nt. Th.M. de Boer.

96. Zie C.M.J. Ryngaert, 'Staatsimmunititeit van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de

Hoge Raad (2016)', *TCR* 2017, p. 111-118.

97. ECLI:NL:HR:2020:2103, NJ 2021/242

m.nt. Th.M. de Boer; *Ondernemingsrecht*

2012/51, m.nt. Van der Plas; *JBPR*

2021/25, m.nt. Janssen; *JOR* 2021/82,

m.nt. Ryngaert.

98. Zie de annotaties van De Boer, Van der Plas, Reyngaert en Janssen bij het arrest.

99. ECLI:NL:HR:2020:1511, NJ 2020/360 (*Russische Federatie/Yukos c.s.*).

100. ECLI:NL:HR:2020:1952, *RvdW*

2021/2 (*Russische Federatie/Yukos c.s.*).

101. ECLI:NL:HR:2021:784, NJ 2021/207

(*werknemer/Admiraal de Ruyter Ziekenhuis*).

102. ECLI:EU:C:2018:158, *RvdW* 2018/827

(*Slowakije/Achmea*); besproken in deze Kroniek in *NJB* 2018/1869.

103. ECLI:EU:C:2021:655 (*Republiek Moldavië/Komstroy*).

104. Verdrag inzake het Energiehandvest,

Lissabon, 17 december 1994.

van de Unie behoort, terwijl alleen een dergelijke rechterlijke instantie de volle werking van het Unierecht kan waarborgen. Daarom is de betrokken bepaling van het EHV niet van toepassing op geschillen tussen een EU-lidstaat en een EU-investeerder uit een andere lidstaat over een investering die deze investeerder in de eerste lidstaat heeft gedaan. Hiermee is wellicht de vraag al beantwoord die België op 3 december 2020 bij het HvJ EU heeft neergelegd over de verenigbaarheid van artikel 26 van het Energiehandvest met het Unierecht.¹⁰⁵

Varia

Internationaal privaatrecht

In de zaak die leidt tot HvJ EU 24 november 2020¹⁰⁶ heeft het Duitse Bundesgerichtshof een prejudiciële vraag gesteld die betrekking heeft op de afbakening tussen een verbintenis uit overeenkomst op grond van artikel 7 lid 1 Brussel I bis-Verordening en een verbintenis uit onrechtmatige daad op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I bis-Verordening. Het Bundesgerichtshof wil weten of artikel 7 lid 2 Brussel I bis-Verordening van toepassing is op een vordering tot staking van bepaalde gedragingen, wanneer in aanmerking wordt genomen dat de verweten gedragingen stroken met de contractuele bepalingen, maar de verzoevende partij stelt dat deze bepalingen berusten op misbruik van machtspositie door de verwerende partij. Het HvJ EU merkt op dat de begrippen ‘verbintenissen uit overeenkomst’ en ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ autonoom moeten worden uitgelegd en niet kunnen worden geacht te verwijzen naar de kwalificatie die de toepasselijke nationale wet geeft aan de rechtsbetrekking die bij de nationale rechter aan de orde is. Volgens het HvJ EU is sprake van een verbintenis uit overeenkomst, als de uitleg van de overeenkomst noodzakelijk is om vast te stellen of de verweten gedraging geoorloofd dan wel ongeoorloofd is. Dit is met name het geval bij een vordering die is gebaseerd op de bedingen van een overeenkomst of op de rechtsregels die op grond van die overeenkomst van toepassing zijn. Van een verbintenis uit onrechtmatige daad is sprake, als een beroep wordt gedaan op de regels inzake onrechtmatige daad, te weten de schending van een wettelijke verplichting, en het niet noodzakelijk is om de inhoud van de met de wederpartij gesloten overeenkomst te onderzoeken om te bepalen of de verweten gedraging geoorloofd dan wel ongeoorloofd is. In deze zaak wordt een beroep gedaan op schending van het Duitse mededingingsrecht, dat een algemeen verbod op misbruik van

machtspositie bevat. Een dergelijke vordering heeft volgens het HvJ EU betrekking op verbintenissen uit onrechtmatige daad conform artikel 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening.

Artikel 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening staat ook centraal in HvJ EU 12 mei 2021.¹⁰⁷ Daarin heeft het HvJ EU naar aanleiding van vragen van de Hoge Raad nadere uitleg gegeven over de internationale bevoegdheid op grond van artikel 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening bij zuivere vermogensschade. De zaak betreft een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW die de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) in Nederland heeft ingesteld tegen BP naar aanleiding van de olieramp met het boorplatform Deepwater Horizon in de Golf van Mexico in 2010. De VEB vordert onder meer een verklaring voor recht dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding wegens onjuiste, onvolledige en misleidende mededelingen van BP aan haar aandeelhouders en dat BP jegens de door VEB vertegenwoordigde groep aandeelhouders onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen tot koersschade heeft geleid. Rechtbank en hof hebben zich onbevoegd verklaard. De Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU om te vernemen of Nederland kan worden aangemerkt als *Erfolgsort* in de zin van de Brussel I-bis Verordening waar het gaat om – kort gezegd – een beleggingsbeslissing op basis van misleidende informatie van een internationale beursgenoteerde onderneming, met als gevolg zui-ver financiële schade op een in Nederland aangehouden beleggingsrekening. Het HvJ EU beantwoordt die vraag ontkennend. Op grond van artikel 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening is in geval van een vordering uit onrechtmatige daad de rechter bevoegd van het land waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Hieronder valt zowel de rechter van de plaats van de schadeveroorzakende handeling (*Handlungsort*) als de rechter van de plaats waar de door deze handeling direct ontstane schade zich heeft voorgedaan (*Erfolgsort*). Volgens vaste rechtspraak moet de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening autonoom en restrictief worden uitgelegd. De plaats waar de directe schade zich voordoet, moet voor de verweerder redelijkerwijs voorzienbaar zijn. In het geval van een beursgenoteerde vennootschap kunnen volgens het HvJ EU slechts de gerechten van de lidstaat waar deze vennootschap met het oog op haar beursnotering aan de wettelijke openbaarmakingsverplichtingen heeft voldaan, bevoegd worden geacht om kennis te nemen van een vordering tot

In het geval van een beursgenoteerde vennootschap kunnen volgens het HvJ EU slechts de gerechten van de lidstaat waar deze vennootschap met het oog op haar beursnotering aan de wettelijke openbaarmakingsverplichtingen heeft voldaan, bevoegd worden geacht om kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van deze verplichtingen

schadevergoeding wegens schending van deze verplichtingen. Dat betekent dat het feit dat op een beleggingsrekening rechtstreeks zuiver financiële schade ontstaat als gevolg van beleggingsbeslissingen die zijn genomen onder invloed van wereldwijd gemakkelijk toegankelijke maar onjuiste, onvolledige en misleidende informatie van een internationale beursgenoteerde vennootschap, niet meebrengt dat de rechter bevoegd is van de lidstaat waar de bank of beleggingsonderneming gevestigd is waarbij de rekening in het register is ingeschreven, wanneer die vennootschap niet onderworpen was aan wettelijke openbaarmakingsverplichtingen in die lidstaat.

Als geen Europese regeling of verdrag van toepassing is, wordt de vraag of een buitenlands vonnis erkend en tenuitvoergelegd kan worden in Nederland beantwoord aan de hand van het *commune internationaal privaatrecht*. Een partij die tenuitvoerlegging wenst, zal in zo'n geval de zaak bij de Nederlandse rechter moeten aanbrengen. Hij heeft dan op grond van artikel 431 Rv twee opties: een procedure waarbij het geschil opnieuw wordt behandeld of het instellen van een vordering die strekt tot veroordeling tot hetgeen waartoe de wederpartij in het buitenlandse vonnis is veroordeeld. Het buitenlandse vonnis moet in dat geval voldoen aan vier voorwaarden:¹⁰⁸ (i) de bevoegdheid van de buitenlandse rechter berust op een bevoegdheidsgrond die naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar is, (ii) de buitenlandse beslissing is tot stand gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging, (iii) de erkenning van de buitenlandse beslissing is niet in strijd met de Nederlandse openbare orde, en (iv) de buitenlandse beslissing is niet onverenigbaar met een tussen dezelfde partijen gegeven beslissing van de Nederlandse rechter, dan wel met een eerdere beslissing van een buitenlandse rechter die voor erkenning in Nederland vatbaar is. De voorwaarden (ii) en (iii) vormen daarbij respectievelijk de procedurele en de materiële kant van de Nederlandse openbare orde. Als is voldaan aan deze voorwaarden, kan het buitenlandse vonnis in Nederland ten uitvoer worden gelegd en is een inhoudelijke behandeling niet nodig. Deze tweede weg lijkt daarmee sterk op de *exequatur* procedure van artikel 985 Rv. HR 16 juli 2021¹⁰⁹ betreft de vraag of een Albanese vonnis, waarin het Italiaanse concern Enel op vordering van de Albanese partij Albaniabeg is veroordeeld tot betaling, in Nederland moet worden erkend op de voet van artikel 431 Rv. Albaniabeg baseert haar vorderingen primair op de veroordelingen van Enel in het Albanese vonnis, subsidiair op een herbeoordeling ten gronde door de Nederlandse rechter. Enel stelt zich op het standpunt dat erkenning van het Albanese vonnis in strijd komt met de Nederlandse openbare orde. In de procedure spelen verschillende vragen over de erkenning onder het

commune internationaal privaatrecht. Ten eerste oordeelt de Hoge Raad dat een beslissing van het EHRM waarbij een verzoeker (in dit geval Enel) niet-ontvankelijk is verklaard op de grond dat niet is voldaan aan artikel 34 en 35 EVRM, niet meebrengt dat de Nederlandse rechter tot het oordeel moet komen dat geen sprake is van strijd met de openbare orde. De beslissing van het EHRM laat onverlet dat de Nederlandse rechter van oordeel kan zijn dat niet is voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarden (ii) en (iii) voor erkenning omdat de buitenlandse beslissing in strijd is met artikel 6 EVRM. Ten tweede staat de omstandigheid dat Enel in Albanië niet alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput, niet in de weg aan een beroep op strijd van het Albanese vonnis met de openbare orde. Volgens de Hoge Raad kan de Nederlandse rechter naar *commune internationaal privaatrecht* wel betekenis toekennen aan de omstandigheid dat in het land van herkomst niet alle rechtsmiddelen zijn uitgeput, maar is er geen algemene regel dat alle beschikbare rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput. Het is uiteindelijk aan de Nederlandse rechter om op basis van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of het niet-uitputten van alle rechtsmiddelen in het land van herkomst in de weg staat aan weigering van erkenning op grond van de openbare orde. Ten derde gaat de Hoge Raad in op de vraag of de Nederlandse rechter mag overgaan tot een volledige herbeoordeling als hij geen ruimte ziet om de buitenlandse beslissing te erkennen vanwege schending van de openbare orde. Albaniabeg had betoogd dat die herbeoordeling beperkt moet zijn tot die beslissing die niet voldoet aan de hiervoor genoemde voorwaarden voor erkenning. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Het oordeel dat de buitenlandse beslissing naar *commune internationaal privaatrecht* niet in Nederland kan worden erkend, betreft de beslissing in zijn geheel. Als de Nederlandse rechter het geding vervolgens opnieuw beoordeelt, zal hij het geschil volledig inhoudelijk moeten beoordelen. Daarbij is het aan de rechter of – en zo ja welke – bewijskracht toekomt aan (onderdelen van) de buitenlandse beslissing.

Afronding

Weliswaar kenmerkt het afgelopen jaar zich niet door grote ontwikkelingen in de civiele rechtspleging, maar dat neemt niet weg dat het burgerlijk procesrecht weer op de nodige punten is verduidelijkt en genuanceerd. Als de invloed van corona op het dagelijks leven straks minder voelbaar wordt, zal de politiek hopelijk ook de belangrijke projecten voor de rechtspleging weer hoog op de agenda zetten en daarvoor de portemonnee trekken. Want net als voor de zorg geldt ook voor de rechtspraak dat op een gegeven moment de rek eruit is, en daar is de rechtspraak als een van de pijlers van onze democratische rechtsstaat te belangrijk voor. ●

¹⁰⁵. https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_application_arbitration_provisions; zie voor meer achtergrond ook N.A. van Loon & K.P. Olsthoorn,

'BIT by BIT towards the end? Het verdrag ter beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen EU-lidstaten, *TvA* 2021/48.

¹⁰⁶. ECLI:EU:C:2020:950, *NJ* 2021/2

(*Wilkingherhof/Booking.com*).

r.o. 3.6.4.

¹⁰⁷. ECLI:EU:C:2021:377, *RBP* 2021/60 (*Vereniging van Effectenbezitters/BP*).

¹⁰⁹. ECLI:NL:HR:2021:1170, *RvdW* 2021/809 (*Albaniabeg/Enel c.s.*).

¹⁰⁸. HR 26 september 2014,

ECLI:NL:HR:2014:2838 (*Gazprombank*),