

Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Margriet de Boer & Jan-Willem Meijer¹

Het procesrecht wordt steeds meer dienend gemaakt aan de inhoud van de zaak en de beslechting van het werkelijke geschil dat voorligt. Deels gebeurt dit door het wegruimen van onnodige barrières en formaliteiten. Tegelijkertijd krijgt de rechter een steeds actievere rol toebedeeld om het echte geschil boven water – en opgelost – te krijgen. Dit is een positieve ontwikkeling want een juiste naleving van het procesrecht is geen doel op zich. Toch past ook een kanttekening. Het procesrecht bevat immers ook de waarborgen voor een eerlijke procesvoering in een democratische rechtsstaat. We moeten ervoor waken dat waarborgen als het verschoningsrecht aan de kant worden geschoven onder het mom van ‘het doel heiligt de middelen’, of dat de controlerende functie van de rechterlijke macht ondergesneeuwd raakt door de almaar toenemende werkdruk. De vraag is of de rechterlijke macht ook de komende jaren voldoende in staat zal blijven om haar rol effectief uit te oefenen als het aan de nodige capaciteit ontbreekt. Waar het aantal civiele handelszaken afneemt, geldt het omgekeerde voor de doorlooptijden. Nog niet alle achterstanden uit de coronaperiode zijn weggewerkt, zaken worden complexer en omvangrijker, en nieuwe uitdagingen dienen zich aan. Rechters zien de laatste jaren grote maatschappelijke thema’s langskomen: van Groningen tot toeslagen, en van klimaatkwesaties tot allerhande massaschadeclaims. Alleen een goed geëquipeerde rechterlijke macht en overigens ook (sociale) advocatuur kunnen hier hun functie vervullen. Met de val van het kabinet liggen er weer nieuwe kansen om de rechtsstaat te versterken. Hopelijk zal het nieuwe kabinet die kansen met beide handen aangrijpen.

Algemene beginselen

Openbaarheid

Een van de uitspraken waar dit kroniekjaar reikhalzend naar werd uitgekeken, is de beschikking van de Hoge Raad van 21 april 2023² over de vraag of gerechten op verzoek informatie moeten verstrekken over lopende civiele procedures aan anderen dan procespartijen. Net als eerder A-G Wesseling-van Gent³ beantwoordt de Hoge Raad deze vraag bevestigend. Ter bevordering van de eenheid tussen de gerechten formuleert de Hoge Raad een aantal praktische algemene regels en adviseert de gerechten om een landelijk uniforme regeling te treffen. Gerechten moeten voortaan informatie delen over het tijdstip en de plaats van een openbare zitting, zaken die behandeld zullen worden en de namen van de behandelende rechters. Wat betreft uitspraken geldt dat iedereen die hierom verzoekt, afschrift ontvangt van vonnissen, arresten of beschikkingen, waarbij volstaan kan worden

met publicatie op rechtspraak.nl en bekendmaking van het ECLI-nummer van de uitspraak. Ook kan een afschrift worden verstrekt van stukken die bij de uitspraak zijn gevoegd, maar niet van andere stukken die tot het procesdossier behoren. Verder moet voor eenieder (dus niet alleen voor advocaten) een overzicht beschikbaar zijn van aanhangige zaken. In dit overzicht moet in ieder geval het zaaknummer worden opgenomen, wat de stand van zaken is en welke partijen betrokken zijn. Het beginsel van openbaarheid van civiele procedures kent uiteraard ook beperkingen, met name wanneer zwaarwegende belangen van anderen (waaronder procespartijen) zich tegen verstrekking van bepaalde informatie verzetten. Om de privacybelangen van partijen te beschermen, kunnen persoonsgegevens geanonimiseerd worden. Van zaken die achter gesloten deuren plaatsvinden, worden slechts geanonimiseerde afschriften aan derden verstrekt. Verder geldt dat van zaken die geëindigd zijn, slechts een afschrift van de uitspraak hoeft te worden

gedeeld. Derden kunnen ook geen aanspraak maken op informatie over zaken die geëindigd zijn zonder dat een uitspraak is gedaan, bijvoorbeeld doordat een schikking is getroffen. Al met al zal het voor buitenstaanders gemakkelijker worden om relevante procedures te volgen. Dat is met het oog op openbaarheid van rechtspraak een belangrijke vooruitgang.

Recht op mondelinge behandeling

HR 24 maart 2023⁴ stelt buiten twijfel dat de maatstaf voor de beoordeling van een verzoek om pleidooi op grond van artikel 134 (oud) Rv ook geldt voor het verzoek om een mondelinge behandeling op grond van artikel 87 lid 8 Rv. Gelet op het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een mondelinge behandeling mag een dergelijk verzoek slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden afgewezen.⁵ Dat kan alleen als van de zijde van de wederpartij klemmende redenen worden aangevoerd tegen toewijzing van het verzoek of als toewijzing strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde. In die gevallen moet de rechter de redenen voor de afwijzing van het verzoek uitdrukkelijk vermelden en zijn beslissing deugdelijk motiveren. Een en ander geldt op grond van artikel 353 lid 1 Rv ook in hoger beroep, en, zo bevestigt HR 2 juni 2023,⁶ ook in een incident.

Recht op een eerlijk proces

Het onmiddellijkheidsbeginsel is een terugkerend punt van aandacht in de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen jaren. Een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, hoort in beginsel te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. De ratio daarvan is dat hetgeen ter zitting aan de orde is gekomen, daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de beslissing. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat als op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak moet mededelen aan partijen, onder opgave van de reden voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Elk van de bij de mondelinge behandeling verschenen partijen mag dan verzoeken om een nadere mondelinge behandeling ten overstaan van de rechter(s) die de beslissing zullen geven. In HR 2 juni 2023⁷ gaat het op dit punt mis bij het hof. Bij een eerste mondelinge behandeling in maart

2022 hebben partijen hun standpunt toegelicht en spreekantekeningen overgelegd. Na een afgewezen wrakingsverzoek is de inhoudelijke behandeling voortgezet tijdens een mondelinge behandeling in juni 2022, maar daarbij zijn niet opnieuw spreekantekeningen overgelegd. Vervolgens is uitspraak gedaan. Tussen de eerste en de tweede mondelinge behandeling blijkt een van de raadsheren te zijn vervangen. Omdat de beschikking mede is gewezen op de grondslag van de eerste mondelinge behandeling en het hof niet voorafgaand aan de tweede mondelinge behandeling mededeling heeft gedaan van de rechterswisseling, is sprake van schending van het onmiddellijkheidsbeginsel en wordt de beschikking vernietigd.

In het verleden is het wel eens voorgekomen dat uitspraken bleken te zijn gewezen door rechters die nog niet beëdigd of inmiddels gedefungeerd waren. Dat is problematisch, want leidt tot nietigheid. Op 19 juli 2022 publiceerde het Hof 's-Hertogenbosch een nieuwsbericht met als titel 'zestien raadsheren opnieuw beëdigd'.⁸ De aanleiding daarvoor was dat bij het afleggen van de ambtseed de verkeerde tekst was gebruikt, namelijk die van de rijksambtenaar in plaats van rechterlijk ambtenaar. Hoewel de fout moet worden rechtgezet door het opnieuw afleggen van de juiste eed, heeft een en ander volgens HR 21 oktober 2022⁹ gelukkig niet tot gevolg dat de desbetreffende raadsheren niet zouden gelden als rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast, of dat de rechtskracht van de door hen gewezen uitspraken is aangetast. De verschillen tussen de teksten zijn niet zodanig dat de raadsheren andere of minder verplichtingen op zich zouden hebben genomen dan hun taak vereist.

Hoor en wederhoor

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter zijn beslissing niet mag baseren op stukken of andere gegevens waarvan een partij geen kennis heeft kunnen nemen of waarover een partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten. Volgens HR 9 juni 2023¹⁰ heeft het hof in strijd met hoor en wederhoor geoordeeld dat het beroep op stuiting van de verjaring dat in een akte na de memorie van antwoord is gedaan, door de wederpartij bij antwoordakte niet is betwist, zodat de vordering niet is verjaard. Het hof heeft er daarbij namelijk aan voorbijgezien dat beide partijen hun akte tegelijkertijd hebben genomen, zodat de wederpartij geen gelegenheid heeft gehad op de ingeroepen stuiting te reageren. Het hof had daarom niet als onweersproken mogen aannemen dat de verjaring is gestuit.¹¹

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 2022 t/m september 2023. Met dank aan Dani Yousif, Raquel Kroeze en Tim Kluwen.

Noten

2. ECLI:NL:HR:2023:658, RvdW 2023/497.
3. ECLI:NL:PHR:2022:533 (Holland Iris Select c.s./griffier rechtbank Den Haag), zie ook hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2022/juni/vordering-cassatie-belangwet-verstrekken-gegevens-derden-lopen-de/.
4. ECLI:NL:HR:2023:449, NJ 2023/125 (Van der Zwan q.q./verweersters). Zie ook J.W. Alt, 'Het recht op een mondelinge

behandeling', *Advocatenblad* 2023/6, p. 81-83.

5. HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1081, NJ 2022/273 over artikel 134 (oud) Rv, besproken in deze kroniek van vorig jaar.
6. ECLI:NL:HR:2023:840, RvdW 2023/613; zie ook hierna onder Arbitrage.
7. ECLI:NL:HR:2023:826, RvdW 2023/623 (verzoekster/Raad voor de Kinderbescherming c.s.).
8. rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/

Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-'s-Hertogenbosch/Nieuws/Paginas/Zestien-raadsheren-opnieuw-beedigd.aspx.

9. ECLI:NL:HR:2022:1438, NJ 2023/43.
10. ECLI:NL:HR:2023:868, RvdW 2023/664.
11. Zie ook HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1282 (moeder/Raad voor de Kinderbescherming c.s.).

Toegang tot de (burgerlijke) rechter

HR 16 december 2022¹² betreft onder andere de vraag naar de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De Woonbond, een belangenorganisatie voor huurders, vordert in een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens huurders doordat de Belastingdienst in verband met regelingen over inkomensafhankelijke huurverhogingen om 'scheefwonen' tegen te gaan, inkomensverklaringen over huurders heeft afgegeven aan verhuurders. In cassatie betoogt de Staat dat de Woonbond niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de huurders zelf in een procedure op de voet van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp, thans de AVG) een oordeel van de bestuursrechter kunnen uitlokken over de (on)rechtmatigheid van de gegevensverstrekking door de Belastingdienst. Daarmee hadden de huurders een vergelijkbaar resultaat kunnen behalen als de Woonbond in deze civiele procedure. De Hoge Raad maakt korte metten met deze redenering. Gelet op artikel 112 lid 1 Grondwet is de burgerlijke rechter bevoegd om kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser ten grondslag legt dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd, ook indien deze daad bestaat in handelen of nalaten van de overheid. De bevoegdheid van de bestuursrechter om kennis te nemen van een geschil doet op zichzelf aan deze bevoegdheid niet af, maar de burgerlijke rechter moet een eiser niet-ontvankelijk verklaren als de bestuursrechtelijke procedure ter zake van het geschil voldoende rechtsbescherming biedt. Dat laatste is hier echter niet aan de orde, omdat de verstrekking van inkomensverklaringen door de Belastingdienst een feitelijke handeling – verwerking van persoonsgegevens – betreft, en geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen dat feitelijk handelen staat geen bestuursrechtelijke procedure open. De procedures in de Wbp zijn niet gericht op de beoordeling van de onrechtmatigheid van feitelijk handelen.

Onpartijdigheid rechter

Rechters worden uit hoofde van hun aanstelling vermoed onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die zwaarwegende aanwijzingen opleveren dat een rechter jegens een partij een vooringenomenheid koestert, of de vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is. In dat geval kan een verzoek tot wraking worden gedaan (artikel 36 Rv). Tegen de afwijzing van een verzoek tot wraking staat geen rechtsmiddel open (artikel 39 lid 5 Rv), maar een partij die een wrakingsverzoek heeft gedaan dat is afgewezen of ten onrechte niet in behandeling is genomen, kan wel in

appel of in cassatie aanvoeren dat de aangevochten uitspraak niet in stand kan blijven omdat vanwege het ontbreken van onpartijdigheid van de rechter(s) geen sprake is geweest van een *fair trial* als bedoeld in artikel 6 EVRM. Dit is ook mogelijk als een partij na een tussenuitspraak een wrakingsverzoek heeft gedaan waarin is berust, zo volgt uit HR 25 november 2022.¹³ In dit geval leidt dit tot vernietiging van het aangevallen tussenarrest. Een van de raadsheren die het tussenarrest heeft gewezen, blijkt als lid van de pachtkamer van het hof in meerdere zaken arrest te hebben gewezen samen met de door een van partijen in deze procedure ingeschakelde partijdeskundige, die als deskundig lid deel uitmaakt van die pachtkamer. In het bewuste tussenarrest heeft het hof onder andere geoordeeld dat met de gevorderde kosten van de partijdeskundige ruimhartig moet worden omgegaan. Dit brengt mee dat de vrees voor partijdigheid ten aanzien van deze raadsheer objectief gerechtvaardigd is. Dat geldt niet ten aanzien van de andere twee raadsheren. Het vermoeden van onpartijdigheid moet voor elke rechter afzonderlijk worden ontkracht.

Het gegeven dat een partij een rechterlijke beslissing kan aanvechten op grond van feiten en omstandigheden die haar pas na die beslissing bekend zijn geworden en die meebrengen dat wegens het ontbreken van onpartijdigheid van de rechter(s) geen sprake is geweest van een eerlijke procedure (*fair trial*) als bedoeld in artikel 6 EVRM, betekent volgens HR 23 december 2022¹⁴ dat deze feiten en omstandigheden voor het eerst in cassatie kunnen worden aangevoerd. In dat geval geldt dus een uitzondering op de regel dat de feitelijke grondslag van de cassatiemiddelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en de stukken van het geding (artikel 419 lid 2 Rv).

Procesrecht algemeen

Gezag van gewijsde

HR 22 november 2022¹⁵ betreft de verhouding tussen de vordering van een benadeelde partij in een strafprocedure en het gezag van gewijsde van een oordeel van een civiele rechter. De Hoge Raad overweegt dat aan een onherroepelijk geworden uitspraak van de civiele rechter gezag van gewijsde toekomt voor zover daarin de vordering van de benadeelde partij (gedeeltelijk) is toe- of afgewezen. In de strafprocedure heeft de verdachte zich beroepen op het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak van de kantonrechter. Aangezien uit het vonnis van de kantonrechter volgt dat de voor de vordering aangevoerde grondslag niet is komen vast te staan, had het hof de benadeelde niet-ontvankelijk moeten verklaren in zijn vordering in de strafprocedure.

Feiten en omstandigheden die meebrengen dat wegens het ontbreken van onpartijdigheid van de rechter(s) geen sprake is geweest van een eerlijke procedure als bedoeld in artikel 6 EVRM, kunnen voor het eerst in cassatie worden aangevoerd

Proceskosten

Voor de dagvaardingsprocedure bepaalt artikel 237 Rv dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld. Anders dan in de verzoekschriftprocedure (waarvoor artikel 289 Rv geldt) heeft de rechter hierin geen vrije keuze. De rechter kan de kosten echter compenseren als partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, of als tussen partijen kort gezegd bepaalde familieverhoudingen bestaan (artikel 237 lid 1 Rv). Dat laatste geldt niet alleen in familierechtelijke zaken, maar ook in handelszaken waarin partijen tot elkaar in een familierelatie staan. In de zaak die leidt tot HR 6 januari 2023¹⁶ compenseert het hof de kosten, omdat het 'geen aanleiding [ziet] om af te wijken van het uitgangspunt in familierechtelijke zaken dat elke partij de eigen kosten draagt'. Dat is opmerkelijk, en volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk, omdat de zaak een handelszaak betreft over de terugbetaling van een lening, en uit de gedingstukken op geen enkele wijze blijkt dat de procespartijen tot elkaar staan in een familierelatie als bedoeld in artikel 237 lid 1 Rv. Het hof had dan ook op grond van de hoofdregel van artikel 353 lid 1 Rv jo. artikel 237 lid 1 Rv de verliezende partij in de kosten moeten veroordelen. Dat had het hof overigens zelf ook geconstateerd toen de in het gelijk gestelde partij verzocht om de kostenveroordeling op de voet van artikel 31 Rv te verbeteren. Daarvoor is volgens het hof echter geen ruimte, omdat de motivering voor de compensatie van de kosten weliswaar niet aansluit bij de zaak, maar er geen sprake is van een kennelijke fout.¹⁷

Ook in een verzoekschriftprocedure kan de rechter een veroordeling in de proceskosten uitspreken (artikel 289 Rv). Voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten is ook daar alleen plaats in buitengewone omstandigheden, zoals misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen, zo volgt uit HR 23 december 2022.¹⁸ Bij het aannemen van misbruik of onrechtmatig handelen past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter, dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM. Van misbruik kan slechts sprake zijn als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven, bijvoorbeeld als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende of behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand wist dat deze geen kans van slagen hadden.¹⁹ Dezelfde terughoudende maatstaf geldt volgens HR 4 november 2022²⁰ bij een verzoek van de rechtspersoon op grond van artikel 2:350 lid 2 BW tot vergoeding van schade bij afwijzing van een enquêteverzoek dat volgens de Ondernemingskamer niet op redelijke gronden is gedaan.

Wordt in hoger beroep een vonnis vernietigd, dan zal de appelrechter opnieuw moeten beslissen over de proceskosten in de vorige instantie

In de praktijk wordt een gewenste hoofdelijke veroordeling van wederpartijen in de proceskosten nog wel eens afgewezen.²¹ HR 23 december 2022²² bevestigt nog maar eens dat bij een veroordeling van twee of meer partijen tot betaling van de proceskosten, als uitgangspunt geldt dat zij ieder voor het geheel aansprakelijk zijn en dus hoofdelijk zijn verbonden tot nakoming van die veroordeling. Een vordering of verzoek tot hoofdelijke veroordeling in de proceskosten is daarvoor niet vereist. De rechter kan in de omstandigheden van het geval aanleiding zien om anders te bepalen, bijvoorbeeld als de in de kosten te veroordelen partijen niet bij dezelfde advocaat of gemachtigde zijn verschenen en geen gelijklopend verweer hebben gevoerd.

Een andere vraag met betrekking tot proceskosten is hoe een hogere rechter moet omgaan met een proceskostenveroordeling in de vorige instantie bij vernietiging van de beslissing van de lagere rechter. Deze vernietiging leidt niet zonder meer tot vernietiging van de proceskostenveroordeling. Wordt in hoger beroep een vonnis vernietigd, dan zal de appelrechter opnieuw moeten beslissen over de proceskosten in de vorige instantie. Vanwege de herkansingsfunctie van het hoger beroep kunnen in zijn oordeel ook omstandigheden betrokken worden die in hoger beroep voor het eerst zijn aangevoerd. Als de appelrechter een vonnis vernietigt omdat sprake is van gewijzigde omstandigheden, moet hij nagaan of de rechter in eerste aanleg ten tijde van zijn vonnis (*ex tunc*) terecht tot zijn beslissing is gekomen. Dit laatste miskent het hof in de zaak die leidt tot HR 16 juni 2023²³ door de uitspraak in eerste aanleg, inclusief de proceskostenveroordeling, te vernietigen en geïntimeerden in hoger beroep te veroordelen in de kosten van beide instanties. Er is namelijk sprake van een gewijzigde omstandigheid (een verrichte aanvullende betaling) waar de rechter in eerste aanleg geen rekening mee heeft kunnen houden. Daardoor staat niet vast dat het oordeel in eerste aanleg onjuist was toen het werd gewezen en evenmin dat de proceskostenveroordeling in eerste aanleg moet worden vernietigd.

HR 28 maart 2023²⁴ betreft de vraag of de door de benadeelde in een strafprocedure gemaakte 'proceskosten' in verband met het opstellen van zijn civiele vordering en het bijwonen van de zitting voor vergoeding in aanmer-

12. ECLI:NL:HR:2022:1866, NJ 2023/154, m.nt. L.A.D. Keus (Staat/de Woonbond).

13. ECLI:NL:HR:2022:1738, NJ 2022/378 (Waterschap Vechtstromen c.s./verweerder).

14. ECLI:NL:HR:2022:1933, NJ 2023/27 (eisers/Groningen Seaports).

15. ECLI:NL:HR:2022:1718, NJ 2023/60.

16. ECLI:NL:HR:2023:702, NJ 2023/209, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

17. Zie nr. 2.7 van de conclusie van A-G Valk voor HR 6 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:702, NJ 2023/209.

18. ECLI:NL:HR:2022:1934, NJ 2023/29.

19. Zie HR 6 april 2012,

ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233

(Duka/Achmea).

20. ECLI:NL:HR:2022:1580, RvdW 2022/1028 (Olympus/CreditAccess India c.s.).

21. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 20 december 2017,

ECLI:NL:RBGEL:2017:6615, NJF 2018/200, r.o. 5.23.

22. ECLI:NL:HR:2022:1942, NJ 2023/186 (Hermesen q.q./Converse c.s.).

23. ECLI:NL:HR:2023:918, NJ 2023/210 (TVM c.s./X).

24. ECLI:NL:HR:2023:414, NJ 2023/182.

king komen. Een redelijke uitleg van artikel 532 Sv brengt volgens de Hoge Raad mee dat bij de begroting van de daar bedoelde kosten dezelfde maatstaf geldt als in civiele procedures. Op grond van artikel 238 Rv komen reis- en verblijfkosten alleen voor vergoeding in aanmerking als in persoon wordt geprocedeerd. Procedeert de benadeelde met een gemachtigde, dan komen slechts de kosten voor salaris en noodzakelijke verschotten van de gemachtigde voor vergoeding in aanmerking. Voor vergoeding van de door de benadeelde zelf gemaakte kosten is dus geen ruimte.

Op grond van artikel 7:303 BW kunnen zowel de huurder als verhuurder vorderen dat de rechter de huurprijs nader zal vaststellen. Een dergelijke vordering is volgens artikel 7:304 BW slechts ontvankelijk als deze vergezeld gaat van een advies over de nadere huurprijs dat is opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde deskundigen. Zo nodig kan de rechter op verzoek van de meest gereede partij een deskundige benoemen (artikel 7:304 BW). Volgens artikel 7:304 lid 3 BW zijn de kosten van het advies proceskosten als bedoeld in artikel 237 Rv. In HR 14 oktober 2022²⁵ heeft de kantonrechter op verzoek van de verhuurder drie deskundigen benoemd die hebben geadviseerd over de nadere huurprijs. Na een afwijzing in eerste aanleg heeft het hof in hoger beroep de huur alsnog nader vastgesteld en huurder ABM veroordeeld in de kosten, inclusief de kosten van de deskundigen. In cassatie klaagt ABM dat het hof niet is ingegaan op haar gemotiveerde verweer dat de kosten van het deskundigenbericht exorbitant zijn en voor een substantieel deel onnodig waren, dat zij nooit een kostenopgave heeft ontvangen en dat de facturen zijn betaald door de verhuurder. De Hoge Raad is het met ABM eens dat het hof bij zijn beslissing over de proceskosten onder deze omstandigheden niet zonder motivering kon voorbijgaan aan het verweer van ABM dat de kosten bovenmatig of onnodig zijn geweest. Artikel 237 Rv bepaalt immers dat de rechter nodeloze kosten voor rekening kan laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.

Schadestaatprocedure

Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure volstaat dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Niet vereist is dat aannemelijk is dat enige schade is geleden. Daarbij geldt dat de schadestaatprocedure mede ertoe kan strekken om vast te stellen dat de eisende partij schade heeft geleden. Alleen als duidelijk is dat geen schade is geleden, kan verwijzing naar de schadestaatprocedure worden afgevoerd. In HR 17 maart 2023²⁶ wijst het hof de vorderingen af omdat het *'zeer de vraag is of van schade kan worden gesproken'*. Uit de overwegingen van het hof volgt slechts dat onzeker is of schade is geleden. Het hof heeft daarmee de mogelijkheid van schade in het midden gelaten. Dat is niet voldoende om tot afwijzing van de vorderingen te komen.

Iets anders is dat als onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden, aan een schatting van de schade op grond van artikel 6:97 BW niet wordt toegekomen, zo volgt uit HR 23 december 2022.²⁷ Op de partij die stelt schade te hebben geleden als gevolg van een ontruiming waarbij zaken zijn afgevoerd, rusten op grond van

artikel 150 Rv de stelplicht en bewijslast dat schade is geleden doordat die zaken een bepaalde financiële waarde vertegenwoordigden.

De grenzen van de rechtsstrijd (artikelen 23, 24 en 25 Rv)

De artikelen 23, 24 en 25 Rv (in combinatie met de artikelen 149 en 150 Rv) bepalen hoe de rechter moet oordelen over een vordering of verzoek van partijen. Op grond van artikel 23 Rv beslist de rechter over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. Volgens artikel 24 Rv onderzoekt en beslist de rechter op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Het staat de rechter niet vrij om zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die niet door die partij aan haar vordering ten grondslag zijn gelegd.²⁸ De rechter mag stellingen wel met enige welwillendheid uitlegen. Ook mag hij zijn eigen conclusies trekken op basis van deze stellingen. Voorts is de rechter op grond van artikel 25 Rv gehouden de rechtsgronden aan te vullen. Wel moet hij daarbij hoor en wederhoor in acht nemen zodat partijen niet overvallen worden als hij een rechtsgrond aanvult waarover partijen met geen woord hebben gerept.

Een welwillende uitleg van de gedingstukken is aan de orde in HR 23 juni 2023.²⁹ In deze procedure vordert de curator schadevergoeding wegens bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag is of de door het hof toegewezen vordering kan worden uitgelegd als een *Peeters/Gatzen*-vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, hoewel de vordering van de curator is ingesteld als een vordering ten behoeve van de vennootschap. De Hoge Raad ziet hier geen probleem in. Het verwijt is dat de bestuurders hebben meegewerkt aan selectieve betaling van de bank ten koste van de andere schuldeisers van de vennootschap, die daardoor schade lijden. Kennelijk wil de curator bereiken dat de boedel van de vennootschap in omvang wordt hersteld, zodat deze vervolgens op rechtmatige wijze over de schuldeisers kan worden verdeeld. Daaraan staat volgens de Hoge Raad niet in de weg dat de bestuurder uitdrukkelijk heeft aangevoerd dat de curator geen *Peeters/Gatzen*-vordering heeft ingesteld, maar zich enkel heeft gebaseerd op aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. Integendeel, deze stellingen kunnen worden opgevat als een onderkenning dat het de curator gaat om het belang van de schuldeisers. Procespartijen zijn dan ook gewaarschuwd: verstopperij spelen heeft geen zin. Beter is het om (al dan niet voorwaardelijk) in te gaan op mogelijke alternatieve lezingen van de vorderingen.

Dat wordt bevestigd door HR 14 oktober 2022³⁰ in een geschil tussen Yukos International en Promneftstroy over de rechtmatigheid van een door Promneftstroy afgedwongen naleving van een *freezing order*. Promneftstroy klaagt dat het hof de grenzen van de rechtsstrijd te buiten is gegaan bij zijn uitleg van de stellingen van Yukos. In haar processtukken had zij er bovendien op gewezen dat zij de stellingen van Yukos niet aldus opvatte. A-G Vlas is het hiermee oneens en meent dat van Promneftstroy mocht worden verwacht dat zij anticipeer-

HR 14 oktober 2022 maakt duidelijk dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet mag leiden tot een ontoelaatbare verrassingsbeslissing

de op de uitleg van de stellingen van Yukos door het hof, en dat zij dat ook heeft gedaan. Bovendien heeft Promneftstroy de gelegenheid gehad (en benut) om in te gaan op de – in haar ogen – nieuwe vordering van Yukos. De Hoge Raad maakt er verder geen woorden aan vuil en verwerpt dit deel van de klachten met toepassing van artikel 81 RO.

De rechter bepaalt aan de hand van de wederzijdse stellingen van partijen wat de aard en omvang van de rechtsstrijd is. Partijen moeten ervoor waken dat zij niet onbedoeld het processuele debat uitbreiden, zo bevestigt HR 9 december 2022.³¹ De bestuurder van Small Bite meent dat het hof een verrassingsbeslissing heeft gegeven door de vordering van OCS op grond van bestuurdersaansprakelijkheid toe te wijzen, terwijl het debat in eerste aanleg ging over een tekortschieten in de samenwerkingsovereenkomst en OCS in hoger beroep de grondslag van haar vorderingen niet heeft aangevuld met bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad vindt niet dat sprake is van een verrassingsbeslissing. De bestuurder heeft bij memorie van grieven opgemerkt dat de rechtbank ten onrechte de stap naar bestuurdersaansprakelijkheid maakt, terwijl OCS hierop vervolgens heeft gereageerd door te betogen dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van onrechtmatig handelen. Dit partijdebat biedt volgens de Hoge Raad voldoende grondslag voor het toewijzen van de vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, ook al heeft OCS dit niet expliciet gevorderd.

HR 14 oktober 2022³² maakt duidelijk dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet mag leiden tot een ontoelaatbare verrassingsbeslissing, ook niet als het gaat om ambtshalve toetsing aan de openbare orde en de goede zeden. Het hof heeft op grond van artikel 25 Rv gemeend ambtshalve te moeten beoordelen of de voorliggende overeenkomst, met de bedoeling belastingbetaling te vermijden, in strijd is met de openbare orde of goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW. In cassatie wordt niet geklaagd over deze ambtshalve toetsing, maar wel – en volgens de Hoge Raad terecht – over het feit dat sprake is van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing omdat deze eventuele strijd met de openbare orde of de goede zeden geen onderwerp van partijdebat is geweest en het hof partijen geen gelegenheid heeft gegeven zich hierover uit te laten.

Kort geding

In kort geding kan een rechter in spoedeisende zaken een voorlopige voorziening treffen. Aan deze beslissing komt geen gezag van gewijsde toe, en partijen noch de rechter zijn daaraan gebonden in een bodemprocedure of een later kort geding. De beslissing komt bovendien te vervallen als een andersluidende uitspraak wordt gedaan in de bodemprocedure. De omstandigheid dat de gevolgen van een in kort geding gegeven voorziening feitelijk onomkeerbaar zijn, staat aan het geven van een dergelijke voorziening niet in de weg. Gezien het voorlopige karakter van een kort geding, kan een rechter in kort geding slechts een voorlopig oordeel treffen. Een verklaring voor recht is volgens vaste rechtspraak niet mogelijk. In HR 31 maart 2023³³ vernietigt de Hoge Raad dan ook de in kort geding uitgesproken verklaring voor recht. Daarbij verduidelijkt hij dat de rechter in hoger beroep deze regel, die verband houdt met de taak van de rechter in kort geding en van processuele openbare orde is, binnen de omvang van het hoger beroep zo nodig ambtshalve moet toepassen. Overigens bestaat wel enige discussie over de vraag of een verklaring voor recht niet mogelijk zou moeten zijn in kort geding. Echt nodig lijkt dat niet. Een veroordeling tot een doen of nalaten voorziet vaak in dezelfde behoefte.³⁴

In een cassatie in belang der wet verduidelijkt de Hoge Raad of de rechter in kort geding een veroordeling kan uitspreken tot verkoop en levering van een gemeenschapsgoed met het oog op de verdeling van de gemeenschap waartoe dat goed behoort.³⁵ In eerste aanleg veroordeelt de voorzieningenrechter de vrouw om medewerking te verlenen aan de verkoop en levering van de gezamenlijke woning aan een derde. Volgens het hof is dit een juridische misslag, omdat de verkoop zoals door de voorzieningenrechter bepaald, feitelijk een wijze van verdelen is in de zin van artikel 3:185 BW. Daarvoor leent een kort geding zich niet, aldus het hof, omdat het niet aan de voorzieningenrechter is om een definitief einde aan de verdeling te maken. De Hoge Raad oordeelt dat in kort geding wel degelijk een veroordeling kan worden uitgesproken die inhoudt dat een deelgenoot moet meewerken aan de verkoop en levering van een tot een gemeenschap behorend goed aan een derde. Een dergelijke voorziening maakt ook niet een definitief einde aan de verdeling. Daaraan staat niet in de weg dat zo'n voorziening feitelijk onomkeerbaar is.

25. ECLI:NL:HR:2022:1447, NJ 2022/328 (ABM/X).

26. ECLI:NL:HR:2023:428, NJ 2023/114.

27. ECLI:NL:HR:2022:1941, RvdW 2023/84 (eisers/Woningstichting De Woonplaats).

28. Conclusie A-G Vlas voor HR 14 oktober

2022, ECLI:NL:HR:2022:1444, NJ

2022/330 (Promneftstroy/Financial Performance Holdings), nr. 3.3.

29. Het betreft twee separate cassatieberoepen tegen het arrest:

ECLI:NL:HR:2023:967, RvdW 2023/733

(X/Klein q.q.) en ECLI:NL:HR:2023:968,

RvdW 2023/732 (Y/Klein q.q.).

30. ECLI:NL:HR:2022:1444, NJ 2022/330 (Promneftstroy/Financial Performance Holdings).

31. ECLI:NL:HR:2022:1848, RvdW 2023/7 (eiser/OCS).

32. ECLI:NL:HR:2022:1432, NJ 2022/331.

33. ECLI:NL:HR:2023:503, RvdW

2023/409, JBPr 2023/40, m.nt. P. de Bruijn.

34. Zie ook de annotatie van P. de Bruijn bij het arrest in JBPr 2023/40, nr. 8.

35. HR 31 maart 2023,

ECLI:NL:HR:2023:499, RvdW 2023/413.

Vanuit procesrechtelijke optiek leidt vooral de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) die op 1 januari 2020 in werking trad, tot nieuwe inzichten én nieuwe vragen

Collectieve actie/WAMCA

Ook in deze kroniekperiode gebeurde er veel op het gebied van de collectieve actie. Wij lichten er een paar ontwikkelingen uit. Zo waren er spraakmakende uitspraken in collectieve acties tegen de Staat en bedrijven als Deliveroo³⁶ en Facebook,³⁷ en kwamen er weer zeventien nieuwe collectieve acties bij.³⁸ Vanuit procesrechtelijke optiek leidt vooral de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) die op 1 januari 2020 in werking trad, tot nieuwe inzichten én nieuwe vragen. Voorlopig worden die vragen met name door de rechtbanken en hoven beantwoord, en is het wachten op de eerste zaken die bij de Hoge Raad belanden. Beslissingen betreffen voornamelijk vooral de onderwerpen die in de ontvankelijkheidsfase worden beoordeeld, waaronder de toepasselijkheid van de WAMCA en het overgangsrecht, de representativiteitseis en vragen rond de financiering. Niet steeds valt in de rechtspraak één lijn te ontdekken. Maar misschien zijn sommige vragen daar ook te complex voor, en moet de Hoge Raad op enig moment duidelijkheid geven.

Zo speelt in veel zaken de vraag of de WAMCA van toepassing is. Eisers hebben daar belang bij, omdat de WAMCA collectieve schadevergoedingsvorderingen mogelijk maakt. De toepasselijkheid van de WAMCA is echter beperkt tot collectieve acties van na 1 januari 2020 die betrekking hebben op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden op of na 15 november 2016. Is sprake van een reeks van gebeurtenissen van zowel vóór als na 15 november 2016, dan is volgens de toelichting bij het amendement Van Gent³⁹ het recht van toepassing zoals dat geldt op het moment dat de laatste gebeurtenis heeft plaatsgevonden. Tegen deze achtergrond wordt in veel zaken door belangenorganisaties bepleit dat sprake is van een reeks van gebeurtenissen. Tot nu toe heeft dat lang niet altijd succes, maar de onduidelijkheid op dit punt leidt tot versnippering van procedures. Zo loopt in enkele dieselemissiezaken hoger beroep, en heeft de Rechtbank Amsterdam in de procedure tegen Vattenfall geoordeeld dat op een deel van de vorderingen de WAMCA, en op een ander deel artikel 3:305a (oud) BW van toepassing is.⁴⁰

Ook op het punt van de representativiteit wordt in de praktijk uiteenlopend geoordeeld. Coulant is de Rechtbank Amsterdam in de zaak tegen Stellantis, waar volledig wordt gevaren op de aantallen gedupeerden die de belangenorganisaties ter zitting zonder verdere onderbouwing hebben genoemd.⁴¹ In de zaak tegen Airbus stuurt de Rechtbank Den Haag echter een van de belangenorganisaties naar huis omdat het aantal benadeelde beleggers dat zich bij deze stichting heeft aangesloten, op het totaal aantal beleggers verwaarloosbaar is.⁴²

Voor voeging aan de zijde van de eisende belangenorganisatie in een WAMCA-procedure bestaat gelet op het wettelijk systeem weinig ruimte.⁴³ Een relatief nieuw fenomeen lijkt de behoefte om juist de wederpartij van de

belangenorganisatie bij te staan. Zo weet de Stichting Milieu en Mens (M&M) zich met succes te voegen aan de kant van Shell in het hoger beroep tegen Milieudefensie. M&M komt op voor het belang van energiezekerheid (tegen een redelijke prijs) van de Nederlandse burgers, en heeft volgens het Hof Den Haag voldoende aangetoond dat de feitelijke gevolgen van de toewijzing van de vorderingen van Milieudefensie nadelig kunnen zijn voor de achterban van M&M.⁴⁴ De Stichting Climate Intelligence (Clintel) is minder succesvol. Het hof wijst zowel de vordering tot tussenkomst als die tot voeging aan de kant van Shell af. Wat betreft de vordering tot tussenkomst kan het hof niet vaststellen of Clintel daarbij voldoende belang heeft.⁴⁵ De vordering tot voeging wordt afgewezen omdat, kort gezegd, de statutaire doelstellingen en activiteiten van Clintel vooral gericht zijn op het ter discussie stellen van de stand van de huidige klimaatwetenschap, terwijl hierover tussen Shell en Milieudefensie geen geschil bestaat.⁴⁶ Omdat M&M en Clintel met hun incidentele vorderingen opkomen voor de belangen van andere personen, toetst het hof eerst (ambtshalve) de ontvankelijkheid van deze stichtingen op grond van artikel 3:305a BW. Daarbij vallen twee elementen op. Als eerste – ja, daar gaan we weer – de toepasselijkheid van de WAMCA en het overgangsrecht. Het hof toetst de ontvankelijkheid opvallend genoeg aan de eisen van het huidige artikel 3:305a BW, terwijl artikel 3:305a (oud) BW van toepassing is in de procedure tussen Shell en Milieudefensie. Het hof lijkt de WAMCA vooral toe te passen omdat M&M en Clintel hun vorderingen hebben ingesteld na 1 januari 2020, maar gaat niet in op de vraag of de litigieuze gebeurtenissen voor of na 15 november 2016 hebben plaatsgevonden.⁴⁷ Het tweede element is de toepassing van de representativiteitseis. Het hof constateert dat niet helemaal duidelijk is hoe bij een ideële actie moet worden getoetst of de achterban voldoende omvang heeft.⁴⁸ Over de invulling van de representativiteitseis in ideële acties bestaat veel discussie in rechtspraak en literatuur,⁴⁹ maar ook daarbuiten. Zo nam de Tweede Kamer begin dit jaar de motie Stoffer aan, waarin de regering wordt verzocht te verkennen in hoeverre voor belangenorganisaties met een ideëel doel nadere vereisten moeten worden gesteld met het oog op de representativiteit.⁵⁰ Minister Weerwind benadrukte hierop het belang van toegang tot de rechter en zegde toe de representativiteitseis mee te nemen in de evaluatie van de WAMCA in 2025.⁵¹ Die reactie leidde in de Tweede Kamer tot een lange reeks nieuwe vragen, waarop de (inmiddels demissionaire) minister op het moment van verschijnen van deze kroniek het antwoord nog schuldig is.⁵² In dat kader valt ook nog te wijzen op het recent verschenen rapport van het onderzoek dat het WODC heeft verricht naar nut en noodzaak van een zogenaamd processenfonds voor de financiering van collectieve acties.⁵³ De conclusie luidt dat de tijd voor zo'n fonds nog niet rijp is, gelet op de

geringe ervaring met de WAMCA en de ontwikkelingen in de financieringsmarkt. Ook dit onderwerp kan daarom beter worden meegenomen in de evaluatie van de WAMCA in 2025.

Wordt de belangenorganisatie ontvankelijk verklaard, dan volgt voor de personen in de nauw omschreven groep de keuze voor opt-in of opt-out. Voor personen in Nederland geldt een opt-out-systeem (artikel 1018f lid 1 Rv). Voor personen buiten Nederland is opt-in de standaard, maar kan de rechter op verzoek van een partij bepalen dat opt-out van toepassing is (artikel 1018f lid 5 Rv). Dit laatste doet de Rechtbank Den Haag in het kader van een collectieve actie van Stichting BREIN, omdat BREIN heeft

De keuze voor opt-out of opt-in kan onnodig lijken in een collectieve actie die een algemeen belang dient

aangevoerd dat veel van de bij haar aangesloten rechthebbers in het buitenland gevestigd zijn en niet bereid zijn om voor een WAMCA-procedure die gericht is op collectieve handhaving en waarbij hun individuele belangen minder groot zijn, een opt-inverklaring te sturen.⁵⁴ De bevoegdheid van de rechter om te bepalen dat voor buitenlandse belanghebbenden opt-out geldt in plaats van opt-in, is overigens ingeperkt sinds de inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten per 25 juni 2023.⁵⁵ In collectieve acties van na die datum die binnen het toepassingsbereik van de richtlijn vallen, geldt op grond van het nieuwe artikel 1018f lid 6 Rv altijd de opt-inregeling voor personen buiten Nederland. De keuze voor opt-out of opt-in

kan onnodig lijken in een collectieve actie die een algemeen belang dient. Om die reden geeft de Rechtbank Den Haag geen toepassing aan de regeling in een collectieve actie tegen de Staat en de Koning.⁵⁶ Van een specifieke nauw omschreven groep is geen sprake en een opt-out zou bovendien niet leiden tot onttrekking aan de gevolgen van het vonnis. Ook in de collectieve actie van Stichting Fossielvrij tegen KLM wordt de opt-out en opt-inregeling niet toegepast. In dit geval is dat de keuze van partijen, en de rechtbank sluit zich daarbij aan gelet op de aard van de ingestelde vorderingen.⁵⁷ Te wijzen valt tot slot nog op de laatste zin van artikel 1018f lid 1 Rv, die bepaalt dat als het aantal 'op-outers' te groot is, de rechter kan besluiten dat de procedure niet wordt voortgezet. In de zaak die vakbonden FNV en CNV aanhangig hebben gemaakt tegen Temper heeft een georganiseerde campagne geleid tot opt-outverklaringen van ongeveer 25% van de Temper-werkers.⁵⁸ Dat aantal is zodanig groot dat de rechtbank de collectieve actie beëindigt voor zover de vorderingen strekken ter bescherming van het belang van de Temper-werkers.⁵⁹

Incidenten

Zekerheidstelling

Op grond van artikel 224 lid 1 Rv is een partij zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland die bij de Nederlandse rechter een vordering instelt, verplicht op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten waarin hij veroordeeld zou kunnen worden. De strekking daarvan is te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde met een oninbare proceskostenveroordeling blijft zitten. Artikel 224 lid 2 Rv bevat een aantal uitzonderingen op de verplichting tot zekerheidstelling. Zo bestaat die verplichting onder meer niet als dit voortvloeit uit een verdrag of een Europese verordening, of als een proceskostenveroordeling op grond van een verdrag, EU-verordening of wet ten uitvoer kan worden gelegd in het land waar degene van wie zekerheid wordt gevorderd, zijn woonplaats of gewone verblijfplaats

36. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *RvdW 2023/371 (Deliveroo/FNV)*.

37. Rb. Amsterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1407 (*Data Privacy Stichting/Facebook*).

38. rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.

39. *Kamerstukken II 2018/19, 34608*, nr. 13.

40. Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:403 (*Stichting Nuon-claim/Vattenfall*).

41. Rb. Amsterdam 16 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5252, r.o. 7.88.

42. Rb. Den Haag 20 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14036, r.o. 5.84-5.85.

43. T.D.A. Kluwen & M.G. Bredenoord-Spoek, 'WAMCA: (een uittreksel van de

conclusie wel/niet publiceren? Deel III: voeging, (gedwongen) tussenkomst en vrijwaring', *BER 2022/137*, afl. 7, p. 27-28. Zo ook: Rb. Amsterdam 7 december 2022, C/13/719848/HA ZA 22-524, als opgenomen in het centraal register in de actie tegen KLM. Vgl. Rb. Den Haag 19 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2021:10080, r.o. 4.17.

44. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:736 (*M&M*), r.o. 5.25.

45. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:735 (*Clintel*), r.o. 5.28-5.36.

46. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:735 (*Clintel*), r.o. 5.37-5.44.

47. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:735 (*Clintel*), r.o. 5.12-5.15 en ECLI:NL:GHDHA:2023:736

(*M&M*), r.o. 5.8.

48. Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:735 (*Clintel*), r.o. 5.22-5.25 en ECLI:NL:GHDHA:2023:736 (*M&M*), r.o. 5.15-5.18.

49. Zie recent bijvoorbeeld R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'Samenloop van ideële en collectieve belangenbehartiging: de ontvankelijkheidsbeslissing in FNV & CNV/Temper', *NTBR 2023/26*, p. 258-260; R. Stolk, 'De algemeenbelangactie in strijd met het algemeen belang', *NJB 2023/970*, afl. 14.

50. *Kamerstukken II 2022/23, 36169*, nr. 37.

51. *Kamerstukken II 2022/23, 36169*, nr. 39.

52. *Kamerstukken II 2022/23, 2023D22430*.

53. repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/3294 en 'Te veel onzekerhe-

den rondom processenfondsen collectieve acties', *NJB nieuws* 21 september 2023, njb.nl/nieuws/te-veel-onzekerheden-rond-om-processenfondsen-collectieve-acties/.

54. Rb. Den Haag 3 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6324, r.o. 2.3-2.4. De Rechtbank Oost-Brabant wees een soortgelijk verzoek eerder af; zie Rb. Oost-Brabant 14 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3931, r.o. 2.12-2.16.

55. *Stb.* 2022, 459, art. IX.

56. Rb. Den Haag 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2657, r.o. 2.27-2.29.

57. Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3499.

58. Rb. Amsterdam 31 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3585.

59. Rb. Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389, r.o. 2.15 en 2.17.

heeft. De te stellen zekerheid moet op grond van artikel 6:51 lid 2 BW zodanig zijn dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen. Deze regels passen het afgelopen kroniekjaar in verschillende uitspraken de revue.

In HR 24 februari 2023⁶⁰ wordt de in cassatie gevorderde zekerheidstelling voor de proceskosten toegewezen. Eiser tot cassatie woont in Singapore, en Singapore is geen partij bij het Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954 of een ander verdrag dat tenuitvoerlegging van een proceskostenveroordeling mogelijk maakt. De gevorderde aanvullende zekerheid voor het geval de proceskosten het begrote bedrag te boven gaan en de gestelde zekerheid op enig moment niet langer toereikend is, wordt afgewezen omdat de noodzaak van aanvullende zekerheid niet is toegelicht en ook geen bedrag hiervoor is genoemd.

In de zaak die leidt tot HR 25 november 2022⁶¹ is de Colombiaanse eiseres tot cassatie (FISA) in appel niet-ontvankelijk verklaard, nadat zij niet de door het hof geëiste zekerheid voor de proceskosten had gesteld in de vorm van een onherroepelijke bankgarantie van een Nederlandse bank. In cassatie klaagt FISA dat het hof ten onrechte zekerheidstelling heeft bevolen, omdat uit het Vriendschapsverdrag tussen Nederland en Colombia⁶² voortvloeit dat een Colombiaanse partij geen verplichting heeft tot zekerheidstelling. Aan de hand van de maatstaven van artikel 31-33 van het Weens Verdragenverdrag concludeert de Hoge Raad echter dat uit het Vriendschapsverdrag geen verbod op zekerheidstelling voortvloeit. Wel heeft het hof volgens de Hoge Raad ten onrechte vastgehouden aan de eis dat FISA zekerheid dient te stellen in de vorm van een onherroepelijke bankgarantie van een Nederlandse bank. Het hof had moeten onderzoeken of de alternatieve vormen van zekerheid die FISA heeft aangeboden (waaronder storting op de derdenrekening van de advocaat) voldoen aan de eisen van artikel 6:51 lid 2 BW.⁶³

Als een vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en daartegen een rechtsmiddel wordt aangewend, kan op grond van artikel 235 Rv een incidentele vordering worden ingesteld om aan de uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde van zekerheidstelling te laten verbinden. In HR 20 januari 2023⁶⁴ stellen eisers tot cassatie een dergelijke vordering in. Tijdens de cassatieprocedure zijn de vorderingen die hun wederpartij Zorg van de Zaak uit hoofde van het arrest van het hof op hen had gekregen, gecedeerd aan Serra Holding, die de procedure na schorsing en hervatting heeft overgenomen en de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging heeft gekregen. Deze vennootschap lijkt volgens eisers echter niet over enig vermogen te beschikken, zodat sprake is van een groot restitutierisico. De vordering tot zekerheidstelling moet volgens de Hoge Raad worden beslist op grond van een afweging van de belangen van partijen. Serra Holding heeft het gestelde restitutierisico onvoldoende betwist, zodat de Hoge Raad aanneemt dat een aanzienlijk restitutierisico bestaat. Bij de verdere belangenafweging is voor de Hoge Raad bepalend of het incasseren van het bedrag van de veroordeling leidt tot een wijziging van de positie waarin partijen verkerden bij aanvang van de procedure. Voor zover de vordering van Serra Holding betrekking heeft op de terugbetaling door eisers van hetgeen zij van Zorg van de Zaak

hadden geïnd op grond van een eerdere uitspraak (die later is vernietigd), is zekerheidstelling niet aan de orde. Als Serra Holding dit bedrag zou incasseren, worden partijen weer gebracht in de positie waarin zij bij aanvang van de procedure verkeerden. Het belang van Serra Holding bij het incasseren van dit bedrag zonder de voorwaarde van zekerheidstelling weegt daarom zwaarder dan het belang van eisers bij zekerheidstelling. Dat geldt niet voor de tenuitvoerlegging van het arrest boven dit bedrag, aangezien die leidt tot wijziging van de positie waarin partijen bij aanvang van de procedure verkeerden. Daarom weegt hier het belang van eisers bij zekerheidstelling, gegeven het restitutierisico, zwaarder dan het belang van Serra Holding bij tenuitvoerlegging zonder de voorwaarde van zekerheidstelling.

Bewijs

Wetsvoorstellen

Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht⁶⁵ is een terugkerend thema in deze kroniek. Vorig jaar meldden wij dat de behandeling van het wetsvoorstel in juni 2022 was hervat, nadat die vanwege de val van het kabinet Rutte III een tijd had stilgelegen. Gelukkig is het wetsvoorstel na de val van Rutte IV niet opnieuw controversieel verklaard, zodat nu hopelijk voortgang kan worden geboekt. Een van de elementen van het wetsvoorstel is de invoering, via een toevoeging aan artikel 21 Rv, van de zogenoemde preprocesuele bewijsgaringsplicht: partijen moeten voordat een zaak aanhangig wordt gemaakt, die gegevens verzamelen en aan de rechter overleggen waarover zij redelijkerwijs kunnen beschikken en die redelijkerwijs voorzienbaar van belang zijn voor de beoordeling van hun vordering, verzoek of verweer. Procedures zouden daardoor sneller, eenvoudiger en effectiever kunnen verlopen, en de kans zou groter zijn dat partijen buiten rechte tot overeenstemming komen. Vanuit de praktijk wordt er al jaren van diverse kanten op gewezen dat deze verwachtingen gebaseerd lijken op wensdenken, en dat invoering van een preprocesuele bewijsgaringsplicht naar verwachting juist leidt tot een frequenter beroep op de rechter in de voorfase, en dus eerder tot escalatie dan tot een vroegtijdige oplossing van het geschil. Deze boodschap lijkt nu eindelijk ook in Den Haag geland: in juni 2023 hebben Tweede Kamerleden Ulyse Ellian (VVD) en Hülya Kat (D66) ieder afzonderlijk een amendement⁶⁶ ingediend waarin zij de onderbouwing en het nut van de preprocesuele bewijsgaringsplicht ter discussie stellen en voorstellen om deze te schrappen. Ellian constateert dat de wetgever enerzijds de waarde van de voorgestelde wetswijziging marginaliseert door te benadrukken dat het wetsvoorstel 'geen wezenlijke wijzigingen bevat', terwijl anderzijds van het voorstel een grote efficiencywinst wordt verwacht. Volgens Ellian kan een preprocesuele bewijsgaringsplicht strategisch procedergedrag in de hand werken en leiden tot meer zittingen. Bij brief van 5 juli 2023 heeft minister Weerwind (Rechtsbescherming) laten weten dat hij zich kan vinden in schrapping van de preprocesuele bewijsgaringsplicht.⁶⁷ Kat had in een tweede amendement⁶⁸ nog voorgesteld om de mogelijkheid te behouden dat partijen ook tijdens een aanhangige procedure om een voorlopige bewijsverrich-

Het valt toe te juichen dat de preprocesuele bewijsgaringsplicht lijkt te worden geschrapt

ting kunnen verzoeken, maar dit acht de minister echter onwenselijk, omdat het leidt tot doorkruising van procedures. De minister heeft tot slot van de gelegenheid gebruik gemaakt om tegemoet te komen aan de vanuit de praktijk geuite kritiek op het appelverbod voor beslissingen op een verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen, tenzij de rechter toestemming verleent om een rechtsmiddel in te stellen. De praktijk was hier niet gelukkig mee, omdat het bij inzageverzoeken, anders dan bij andere voorlopige bewijsverrichtingen, vaak gaat om vertrouwelijke gegevens, waarbij de uitvoering zonder rechterlijk toezicht plaatsvindt en een (mogelijk te ruime) inzage in bepaalde stukken niet ongedaan kan worden gemaakt. De minister stelt nu dan ook voor om op het rechtsmiddelenverbod een uitzondering te maken voor beslissingen op een inzageverzoek voorafgaand aan een procedure.⁶⁹ Voor hoger beroep en cassatie tegen een dergelijke beslissing is geen toestemming nodig van de rechter. Om vertraging te voorkomen bedraagt de appeltermijn net als in kort geding vier weken (respectievelijk acht weken voor cassatieberoep).

Het valt toe te juichen dat de preprocesuele bewijsgaringsplicht lijkt te worden geschrapt. Van invoering van een dergelijke verplichting gaat een normaliserende werking uit wat betreft het verzoeken van voorlopige bewijsverrichtingen voorafgaand aan een procedure. Een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor is volgens vaste rechtspraak vrijwel altijd toewijsbaar, en wij zien in de praktijk ook het aantal bewijsbeslagen toenemen. De vraag is of die ontwikkeling valt te stoppen, maar duidelijk is wel dat een en ander leidt tot meer druk op de rechtspraak en hogere kosten voor partijen.

Voorlopig getuigenverhoor

De aanleiding tot HR 17 februari 2023⁷⁰ betreft een voorlopig getuigenverhoor waarin een getuige zich beroept op een verschoningsrecht op grond van artikel 28 lid 1 Wet Bibob. De rechter-commissaris heeft dit beroep grotendeels gehonoreerd. De verzoekster van het voorlopig getuigenverhoor heeft tegen die beslissing hoger beroep ingesteld, waarna het hof het beroep op het verschoningsrecht afwijst. In cassatie klaagt de getuige dat het

hof verzoekster ontvankelijk heeft verklaard in haar hoger beroep, omdat de beslissing van een rechter-commissaris waarin een beroep op een verschoningsrecht wordt gehonoreerd, een tussenbeslissing is, waarvan alleen met verlof tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld. De Hoge Raad oordeelt dat dit onjuist is, en maakt duidelijk hoe het wel zit. Bij een getuigenverhoor op de voet van artikel 166 Rv in een lopende bodemprocedure zijn beslissingen van de rechter-commissaris naar hun aard inderdaad tussenuitspraken jegens partijen. Tegen dergelijke beslissingen kan een partij, behoudens verlof, dan ook pas beroep instellen tegelijk met de einduitspraak (artikel 337 lid 2 Rv). In het kader van een voorlopig getuigenverhoor geldt echter de beslissing van de rechter-commissaris om het beroep door een getuige op een verschoningsrecht te honoreren, als een einduitspraak. Tegen zo'n beslissing kunnen partijen onmiddellijk, zonder verlof, hoger beroep instellen. De Hoge Raad maakt verder nog eens duidelijk dat niet uit elke wettelijke geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht voortvloeit. Dat is alleen het geval als uit de bewoordingen, de strekking of de wetgeschiedenis onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de voor het aannemen van een dergelijk recht vereiste afweging door de wetgever is verricht. Dat is bij artikel 28 lid 1 Wet Bibob niet zo. Dat laat overigens onverlet dat de rechter een getuige op grond van artikel 179 lid 2 Rv kan beletten om vragen te beantwoorden als het belang dat is gediend met de desbetreffende geheimhoudingsplicht zwaarder moet wegen dan de zwaarwegende maatschappelijke belangen van de waarheidsvinding in het burgerlijk proces.⁷¹

Bewijslastverdeling, bewijswaardering en (passeren) bewijsaanbod

Een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring (artikel 157 lid 2 Rv). Dit geldt volgens artikel 158 lid 1 Rv niet voor een onderhandse akte waarin verbintenissen van slechts één partij zijn aangegaan of vastgelegd, voor zover die verbintenissen strekken tot voldoening van een geldsom, tenzij deze partij de akte geheel met de hand heeft geschreven of heeft voorzien van een goedkeuring die de geldsom voluit in letters vermeldt. HR 25 november 2022⁷² betreft de reikwijdte van deze uitzondering op de dwingende bewijskracht. Een klant verdenkt zijn ICT-dienstverlener ervan voor een aanzienlijk bedrag aan bitcoins van hem te hebben gestolen. De klant laat onderzoek doen door cybersecuritybedrijf Fox-IT, dat op grond van uitvoerig onderzoek tot de conclusie komt dat aannemelijk is dat de ICT'er de bitcoins heeft gestolen. Na

60. ECLI:NL:HR:2023:314, RvdW 2023/288 (eiser/Stichting Staedion).

61. ECLI:NL:HR:2022:1740, NJ 2022/380 (Fuera Internacional S.A./Greenway Finance c.s.).

62. Tractaat van vriendschap, scheepvaart en handel tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Colombia, Londen,

1 mei 1829, Stb. 1830, 6.

63. Zie ook HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1181, RvdW 202/814 (IPMI/X BV).

64. ECLI:NL:HR:2023:66, RvdW 2023/151 (eisers/Zorg van de Zaak en Serra Holding).

65. Kamerstukken II 2019/20, 35498, nr. 2.
66. Kamerstukken II 2022/23, 35498, nr. 8

en (nr. 9, vervangen door) nr. 10.

67. Kamerstukken II 2022/23, 35498, nr. 12.

68. Kamerstukken II 2022/23, 35498, nr. 11.

69. Kamerstukken II 2022/23, 35498, nr. 13.

70. ECLI:NL:HR:2023:255, NJ 2023/239

(burgemeester/Speelpark Oud Valkeveen).

71. Zie ook HR 20 mei 2022,

ECLI:NL:HR:2022:721, NJ 2023/237 (geen verschoningsrecht op grond van artikel 52 Wvsg) en ECLI:NL:HR:2022:722 (geen verschoningsrecht op grond van artikel 7 Wpg).

72. ECLI:NL:HR:2022:1725, NJ 2022/381.

een gesprek in het kader van dat onderzoek heeft de ICT'er een verklaring ondertekend, waarin hij de diefstal bekent en toelegt de schade te vergoeden, door betaling in geld en door bitcoins terug te boeken naar de klant. Dat gebeurt vervolgens niet, en in de procedure die volgt, kent het hof op grond van artikel 157 lid 2 Rv dwingende bewijskracht toe aan de verklaring van de ICT'er en verwerpt, volgens de Hoge Raad terecht, zijn beroep op artikel 158 lid 1 Rv. Omdat artikel 158 lid 1 Rv een uitzondering vormt op de hoofdregel van de dwingende bewijskracht van artikel 157 lid 2 Rv, komt daaraan geen ruime betekenis toe dan nodig is om recht te doen aan de strekking van dat artikellid, te weten het bieden van bescherming tegen het ondoordacht tekenen van schuldbekentissen of stukken in blanco. De uitzondering van artikel 158 lid 1 Rv geldt daarom alleen voor het gedeelte van de verklaring waarin een verbintenis tot voldoening van een geldsom is aangegaan of vastgelegd. Aan de overige inhoud van de desbetreffende akte komt conform de hoofdregel van artikel 157 lid 2 Rv dwingende bewijskracht toe. De klacht van de ICT'er dat het hof zijn bewijsaanbod heeft gepasseerd, verwerpt de Hoge Raad, omdat het oordeel van het hof erop neerkomt dat de gestelde diefstal onvoldoende gemotiveerd is betwist, zodat aan het leveren van (tegen)bewijs niet wordt toegekomen.⁷³

In een aantal andere gevallen passeert het hof wel ten onrechte een bewijsaanbod. Wij volstaan met signalering van HR 2 december 2022, waar het hof het wel heel bont maakt door een vrij uitvoerig toegelicht bewijsaanbod als onvoldoende gemotiveerd aan te merken.⁷⁴ Van Mossel heeft een werknemer aansprakelijk gesteld voor schade vanwege haar betrokkenheid bij financiële fraude die is gepleegd door een financieel directeur van de Van Mossel Groep. Ondanks een waslijst aan omstandigheden die door Van Mossel naar voren is gebracht over de betrokkenheid van de werknemer bij de fraude, oordeelt het hof dat Van Mossel onvoldoende heeft gesteld, en passeert het de bewijsaanbiedingen die Van Mossel heeft gedaan. De Hoge Raad maakt hier gelukkig korte metten mee. Het zijn dit soort beslissingen van hoven die leiden tot de ongewenste reactie van procespartijen om een volgende keer nog uitvoeriger te zijn in hun toelichting en stellingname, en daarmee tot het uitdijen van processtukken.⁷⁵

De omkeringsregel is een in de rechtspraak ontwikkeld bewijsvermoeden om een partij tegemoet te komen bij causaliteitsonzekerheid. Daarvoor gelden wel strenge vereisten. Voor toepassing van de omkeringsregel is alleen plaats als (i) een gedraging heeft plaatsgevonden die in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar op het ontstaan van schade, en (ii) de gene die zich op schending van deze norm beroept, ook

bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Als aan deze vereisten is voldaan, mag de rechter voorschijn aannemen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de normschending en de ontstane schade. Dit bewijsvermoeden kan door tegenbewijs worden ontkracht. De Hoge Raad houdt streng de hand aan de hiervoor genoemde vereisten. Dat neemt niet weg dat partijen veelvuldig de omkeringsregel inroepen in een poging hun bewijsnood te verlichten, zo ook in HR 14 oktober 2022.⁷⁶ Een woningeigenaar spreekt zijn aannemer ELN aan omdat hij in strijd met de gemaakte afspraak geen slot met een zogeheten antitrekkbeveiliging heeft gemonteerd. Er is vervolgens ingebroken, waarbij de inbrekers zijn binnengekomen door de cilinder uit het slot te trekken. Met toepassing van de omkeringsregel zou daarom behoudens tegenbewijs moeten worden aangenomen dat de schade (de inbraak) het gevolg is van deze tekortkoming in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. Hof en Hoge Raad zien terecht geen aanleiding om de omkeringsregel in dit geval toe te passen. De 'norm' die hier is overtreden, strekt niet ter voorkoming van inbraak, maar hoogstens om het de inbreker moeilijker te maken. Als er wordt ingebroken, kan dan ook niet behoudens tegenbewijs worden aangenomen dat dit het gevolg is van de tekortkoming. Van een op de aannemer rustende veiligheidsnorm is dan ook geen sprake.

Dat de verdeling van stelplicht en bewijslast niet altijd evident is, blijkt ook dit kroniekjaar in meerdere opzichten weer. HR 10 februari 2023⁷⁷ maakt nog maar eens duidelijk dat aan de stelplicht soms minder hoge eisen moeten worden gesteld waar de gegevens ter onderbouwing van de vordering zich in het domein van de wederpartij bevinden. In dit geval betreft het een werknemer (een chauffeur) die na opzegging van zijn arbeidsovereenkomst een aantal vorderingen heeft ingesteld tot nabetaling van loon. De werknemer heeft toegelicht dat hij zijn vorderingen slechts kan schatten, doordat de werkgever niet heeft voldaan aan de verplichting uit de cao om ondertekende urenstaten aan de werknemer te verstrekken. Desondanks heeft het hof een deel van de vorderingen afgewezen. Daarmee heeft het hof echter miskend dat van de werknemer niet kan worden gevergd dat hij een stelling onderbouwt voor zover de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich bij de werkgever bevinden en hij daartoe geen toegang heeft.⁷⁸

HR 21 april 2023⁷⁹ laat zien dat er voor de verdeling van de bewijslast onderscheid moet worden gemaakt tussen een gemotiveerd verweer dat neerkomt op de betwisting van een stelling van de wederpartij, en een bevrijdend of zelfstandig verweer.⁸⁰ In het kader van de

Het zijn dit soort beslissingen van hoven die leiden tot de ongewenste reactie van procespartijen om een volgende keer nog uitvoeriger te zijn in hun toelichting en stellingname, en daarmee tot het uitdijen van processtukken

verdeling van hun huwelijksvermogen na een echtscheiding hebben man en vrouw een geschil over een bedrag van ruim € 400.000. Tijdens het huwelijk hebben zij een woning gekocht, waarvan de man 60% en de vrouw 40% eigenaar werd. Voorafgaand aan de levering heeft de vrouw het genoemde bedrag aan de man overgemaakt onder vermelding van 'lening'. Nadat de woning is verkocht en de verkoopopbrengst in de verhouding 60%-40% is verdeeld, vordert de vrouw van de man ook nog terugbetaling van de lening. De man stelt echter dat de vrouw zich, nadat zij het bedrag aanvankelijk had overgemaakt met de vermelding 'lening', heeft bedacht en ervoor heeft gekozen om het bedrag te investeren in de woning, ter verkrijging van haar eigendomsaandeel van 40%, en dat het dus geen lening was. Vanuit het uitgangspunt dat de vrouw het bedrag aanvankelijk aan de man heeft geleend, levert dit betoog van de man volgens de Hoge Raad een bevrijdend verweer op. Het hof heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat de vrouw niet alleen moet bewijzen dat zij het bedrag aan de man heeft geleend, maar ook dat zij haar aandeel van 40% in de woning om niet heeft verkregen.

De Hoge Raad buigt zich dit kroniekjaar twee keer over het bewijsvermoeden van artikel 7:218 lid 2 BW. In HR 26 mei 2023⁸¹ spreekt de verhuurder van een pand de huurder van de bovenwoning aan, omdat waterschade aan het pand is ontstaan doordat de vulslang van de cv-ketel is losgesprongen van de kraan. De verhuurder beroept zich op artikel 7:218 lid 2 BW, dat, gelezen in samenhang met lid 1, inhoudt dat (behoudens uitzonderingen) alle schade vermoed wordt te zijn ontstaan door een aan de huurder toe te rekenen tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit de huurovereenkomst. Het hof verwerpt het beroep op dit bewijsvermoeden, omdat het alleen betrekking zou hebben op het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade. Dat is volgens de Hoge Raad niet juist: het bewijsvermoeden ten aanzien van schade aan de verhuurde zaak die is ontstaan gedurende de looptijd van de huurovereenkomst, betreft ook het tekortschieten zelf.

In HR 7 juli 2023⁸² heeft het hof het bewijsvermoeden van artikel 7:218 lid 2 BW miskend door de bewijslast van de tekortkoming bij de verhuurder te leggen. In dit geval gaat het om de verhuurder van een Lamborghini die schadevergoeding van de huurder vordert voor schade aan het motorblok van de auto die is ontstaan tijdens de huurperiode (de trouwdag van huurder). De Hoge Raad overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat bij de toepassing van het bewijsvermoeden van artikel 7:218 lid 2 BW de zwaarte van de aan het tegenbewijs te stellen eisen in een concreet geval aan de rechter is overgelaten. Onder omstandigheden kan voor

het tegenbewijs volstaan dat over de oorzaak van de schade voldoende twijfel is ontstaan. Na verwijzing moet het hof de getuigenverklaring opnieuw beoordelen met als vertrekpunt het bewijsvermoeden van artikel 7:218 lid 2 BW.

Exhibitie

In september 2023 was het tien jaar geleden dat de Hoge Raad in het kader van een prejudiciële beslissing in de zaak *Molenbeek* de weg vrijmaakte voor een algemeen bewijsbeslag, ook buiten IE-zaken.⁸³ Sindsdien wordt in de praktijk veelvuldig, en naar het lijkt steeds vaker, van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Aan de stelplicht van degene die verlov vraagt om bewijsbeslag te leggen, moeten hoge eisen worden gesteld. In het inleidende verzoekschrift moeten de in beslag te nemen bescheiden zo precies mogelijk worden omschreven, omdat de beslaglegging en de daaropvolgende exhibitievordering niet mogen ontaarden in een *fishing expedition*, waarbij het net breed wordt uitgegoid in de hoop dat er iets nuttigs wordt opgevisst. Het moet voldoende duidelijk zijn om welke bescheiden het gaat, zodat de rechter kan bepalen of een partij rechtmatig belang heeft bij inzage. Artikel 843a Rv biedt enerzijds niet de mogelijkheid om documenten op te vragen waarvan een partij hoopt dat zijn wederpartij daarover beschikt en die mogelijk steun zouden kunnen geven aan zijn vorderingen. Anderzijds is niet vereist dat elk document waarin inzage wordt verlangd, specifiek bij naam wordt aangeduid.

Wat in het digitale tijdperk moet worden verstaan onder 'bepaalde' bescheiden, is voor discussie vatbaar, zo blijkt uit HR 2 juni 2023.⁸⁴ Eisers leggen ten laste van een oud-werknemer bewijsbeslag op diverse digitale bescheiden. Zij verdenken de oud-werknemer ervan dat hij betrokken is bij een lastercampagne, waarbij eisers in online verspreide berichten zijn bestempeld als criminelen en fraudeurs. Het bewijsbeslag ziet op alle bescheiden in een bepaalde periode waarin ten minste een van de in het beslagrekest genoemde zoektermen voorkomt. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat de gestelde rechtsbetrekking (een onrechtmatige daad bestaande in laster) voldoende is aangetoond. Het hof meent echter dat de selectie van bescheiden op basis van een aantal van de zoektermen veel te ruim is, omdat daarin ook tamelijk algemene woorden zoals 'fraude' en 'oplichting' voorkomen, die ook gebruikt kunnen zijn zonder dat sprake is van een relatie met de gestelde onrechtmatige daad. Het hof wijst de inzagevordering daarom slechts gedeeltelijk toe. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof. Bij een bewijsbeslag op en een vordering tot inzage van bescheiden op de voet van artikel 843a Rv, kan (mede) aan de hand van (een combinatie van) zoekwoorden worden

73. Zie ook HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1849, RvdW 2023/8.

74. ECLI:NL:HR:2022:1813, NJ 2022/382 (Van Mossel c.s./werknemster).

75. Zie voor een ten onrechte gepasseerd bewijsaanbod ook HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1849, RvdW 2023/8.

76. ECLI:NL:HR:2022:1434, RvdW

2022/972 (eiser/ELN Kunststoftechniek Montage).

77. ECLI:NL:HR 2023:193, RvdW 2023/213 (werknemer/werkgever).

78. Zie ook HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, NJ 2022/264 (Finaal Adviesgroep/Allerzorg), besproken in de vorige kroniek.

79. ECLI:NL:HR:2023:639, RvdW 2023/504.

80. Zie over bevrijdend verweer in IE-rechtelijke context ook HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1942, NJ 2023/186

(Hermesen q.q./Converse c.s.), hiervoor ook genoemd onder het kopje 'Proceskosten'.

81. ECLI:NL:HR:2023:775, NJ 2023/180.

82. ECLI:NL:HR:2023:1059, NJ 2023/246.

83. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans.

84. ECLI:NL:HR:2023:830, RvdW 2023/616 (SolidNature c.s./verweerder).

In de praktijk lijken (verlof)rechters zich er nog niet altijd van bewust hoe ingrijpend een bewijsbeslag kan zijn, zeker als dat wordt gelegd op digitale bescheiden

afgebakend welke bescheiden voldoen aan de eisen van bepaaldheid en rechtmatig belang bij inzage. Met het oordeel dat de zoekwoorden te ruim of te algemeen zijn, heeft het hof miskend dat eisers hebben toegelicht dat juist deze bewoordingen zijn gebruikt in de lastercampagne die aan de inzagevordering ten grondslag is gelegd. Daarom valt niet in te zien dat de bescheiden waarin deze zoektermen voorkomen, niet voldoen aan de bepaaldheidseisen van artikel 843a Rv, aldus de Hoge Raad. Dat A-G Wesseling-van Gent tot een andere conclusie komt, toont aan dat in de praktijk niet steeds gemakkelijk te voorspellen is wanneer zoektermen voldoende bepaald worden geacht.

In de praktijk lijken (verlof)rechters zich er nog niet altijd van bewust hoe ingrijpend een bewijsbeslag kan zijn, zeker als dat wordt gelegd op digitale bescheiden. Ook als het verlof beperkt is tot bepaalde zoektermen, is het in de praktijk vaak niet haalbaar om bij het leggen van bewijsbeslag ter plekke een selectie te maken van de bescheiden die onder het beslag vallen. In dat geval maakt de door de deurwaarder ingeschakelde IT-specialist een integrale kopie van bijvoorbeeld een computer of telefoon, en wordt de selectie van bescheiden achteraf gemaakt via de kopie. Omdat het om een grote hoeveelheid data kan gaan, is selectie tijdrovend en dus kostbaar. Die selectie blijft dan ook met enige regelmaat achterwege totdat de rechter over de inzagevordering heeft beslist. Al die tijd blijft dan dus een integrale kopie van de inbeslaggenomen gegevens bij een bewaarder – vaak een door de deurwaarder ingeschakelde IT-specialist – liggen. De vraag komt dan op wat het nut is van het definiëren van zoektermen in het verlofrekest. Van voldoende bepaalde bescheiden kan dan ook niet meer worden gesproken. Daarbij komt dan nog dat de IT-specialist die via de deurwaarder betrokken is bij de beslaglegging en de bewaring, een ongereguleerde commerciële partij is. Rechters plegen in de praktijk aan te nemen dat de inbeslaggenomen data bij een IT-specialist wel in veilige handen zullen zijn. In de praktijk is er echter geen effectieve controle op hoe de IT-specialist zijn taken uitvoert bij het kopiëren van gegevens en of de informatiebeveiliging op orde is. Een beslagene die de omvang van het beslag ter discussie wil stellen of zich tegen de inzagevordering wil verweren, ziet zich, zeker als het gaat om veel data, geconfronteerd met hoge kosten. Misbruik ligt op de loer waar een minder kapitaalkrachtige partij al financieel knock-out kan worden geslagen in de discussie over de reikwijdte van het beslag en de inzage voordat de bodemprocedure is gestart. Met Van Hooff⁸⁵ zouden wij dan ook willen pleiten voor meer gedetailleerde richtlijnen voor het leggen

van een geautomatiseerd beslag op basis van zoektermen, en voor meer controle op de IT-specialisten die bij de beslaglegging worden betrokken of aan wie informatie in bewaring wordt gegeven.

Ook HR 10 februari 2023⁸⁶ laat zien dat de toewijsbaarheid van een exhibitievordering in de praktijk niet altijd voorspelbaar is. De ouders van wie de zoon in een zorginstelling verbleef, vragen op grond van artikel 843a Rv inzage in een onderzoeksrapportage die betrekking heeft op zijn overlijden. De zoon heeft zich in de zorginstelling van het leven beroofd door zich in de douchecel te verhangen. Specifiek wensen de ouders inzage in het zogeheten PRISMA-onderzoeksrapport, dat in het kader van kwaliteitsbewaking is opgesteld naar aanleiding van een incident in de gezondheidszorg. Dit rapport is opgenomen in het interne incidentenregister van de zorgaanbieder als bedoeld in artikel 7 lid 2 en 9 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). In het bewuste PRISMA-rapport zou sprake zijn van het voornemen om de doucheruimtes op de gesloten afdelingen beter te beveiligen in het kader van suicidepreventie. Rechtbank en hof wijzen de inzagevordering af, volgens de Hoge Raad terecht. Volgens artikel 9 lid 6 Wkkgz kunnen gegevens in het interne incidentenregister onder meer niet in een civielrechtelijke procedure als bewijs worden gebruikt. De gedachte daarachter is dat incidenten en calamiteiten in de zorgverlening vertrouwelijk en veilig moeten kunnen worden gemeld ter voorkoming van herhaling en ter bevordering van de kwaliteit van de zorg. Daarmee strookt niet dat de cliënt of zijn nabestaande op grond van artikel 843a Rv inzage zou kunnen krijgen in informatie uit het interne incidentenregister. Toewijzing van een exhibitievordering zou het doel ondergraven van artikel 7 en 9 Wkkgz, te weten het bevorderen van de kwaliteit van de gezondheidszorg, en daarmee ook de meldingsbereidheid. Een zorgaanbieder die zich geconfronteerd ziet met een exhibitievordering waarbij inzage wordt gevraagd in het interne incidentenregister, hoeft daarom wegens gewichtige redenen als bedoeld in artikel 843a lid 4 Rv niet aan deze vordering te voldoen.⁸⁷

Rechtsmiddelen

Artikel 31/32 Rv

Op grond van artikel 31 en 32 Rv kan de rechter een beslissing herstellen in geval van een kennelijke fout (artikel 31 Rv) of aanvullen als de rechter heeft verzuimd te beslissen op een onderdeel van het gevorderde of verzochte (artikel 32 Rv). Een aanvulling als bedoeld in artikel 32 Rv kan ook aan de orde zijn als de Hoge Raad verzuimt te bepalen naar welk hof de zaak na vernietiging wordt verwezen.⁸⁸

Termijnen en ontvankelijkheid

Het is vaste rechtspraak dat termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel van openbare orde zijn en dat daarom in het belang van een goede rechtspleging duidelijkheid moet bestaan over het tijdstip waarop een termijn begint en eindigt. Aan rechtsmiddeltermijnen moet strikt de hand worden gehouden. Slechts in bijzondere omstandigheden is er ruimte voor een uitzondering, bijvoorbeeld als de partij die beroep instelt als gevolg van een appa-

raatsfout niet tijdig wist en ook redelijkerwijs niet kon weten dat de rechter uitspraak heeft gedaan en als gevolg daarvan het rechtsmiddel te laat heeft ingesteld. In die gevallen wordt de termijn voor het instellen van het rechtsmiddel verlengd met een termijn van veertien dagen – of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke termijn – na de verstrekking of verzending van de uitspraak. In de zaak die leidt tot HR 7 oktober 2022⁸⁹ denkt APG op 1 februari 2022 tijdig beroep te hebben ingesteld tegen een vonnis van 24 januari 2022, dat zij op 26 januari 2022 heeft ontvangen. Het betreft een procedure op grond van artikel 287a Fw, waar de appeltermijn slechts acht dagen is. De wederpartij stelt zich vervolgens op het standpunt dat het beroep te laat is ingesteld, omdat al op 20 januari 2022 mondeling uitspraak zou zijn gedaan. Op die datum heeft een griffiemedewerker telefonisch de beslissing medegedeeld aan de wederpartij van APG. Omdat APG daarvan niet op de hoogte was, mocht APG volgens de Hoge Raad uitgaan van de uitspraakdatum in het vonnis, zodat het beroep tijdig is ingesteld. Als de rechtbank wel op 20 januari 2022 uitspraak zou hebben gedaan – wat de Hoge Raad in het midden laat – zou de termijnoverschrijding verschoonbaar zijn.

Als een eisende partij in een zaak met verplichte procesvertegenwoordiging niet tijdig advocaat stelt, moet de rechter op grond van artikel 123 lid 1 Rv gelegenheid bieden dit verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn te herstellen. Wordt van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt, dan wordt de gedaagde ontslagen van instantie en wordt eiser in de kosten veroordeeld (artikel 123 lid 2 Rv). Tegen deze beslissing staat volgens artikel 123 lid 5 Rv geen hogere voorziening open, tenzij sprake is van een doorbrekingsgrond. In HR 7 oktober 2022⁹⁰ stelt Depra hoger beroep in tegen een vonnis waarbij de rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard. Omdat Depra op lange termijn heeft gedagvaard, heeft OLB geanticipeerd. Op de aangezegde eerdere roldatum stelt zich echter geen advocaat voor Depra. Het hof geeft Depra op de voet van artikel 123 lid 1 Rv gelegenheid om alsnog advocaat te stellen, maar dat gebeurt niet. Het hof ontslaat OLB vervolgens op haar verzoek van instantie. Depra stelt onder aanvoering van twee doorbrekingsgronden cassatieberoep in. Ten eerste stelt Depra dat het hof artikel 123 Rv ten onrechte heeft toegepast, omdat zij wel degelijk advocaat heeft gesteld, namelijk in de appeldagvaarding. Daarmee is volgens de Hoge Raad echter niet voldaan aan het vereiste om op de rol advocaat te stellen en daardoor op de juiste wijze in de procedure te verschijnen. Artikel 123 lid 1 Rv is dus terecht toegepast. De tweede klacht van Depra slaagt wel. Anders dan A-G Wesseling-van Gent gaat de Hoge Raad mee met de stelling van Depra dat het hof geen reële gelegenheid heeft geboden om alsnog advocaat te stellen. Het hof heeft namelijk slechts op de rol aange-

tekend dat een termijn wordt gegeven om het verzuim te herstellen, maar een partij zal zich doorgaans niet van een verzuim als het onderhavige bewust zijn en geen aanleiding zien de rol te raadplegen of navraag te doen bij de griffie. Hierdoor heeft het hof een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel veronachtzaamd dat niet kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak. Volgens de Hoge Raad had de griffier de advocaat die in de dagvaarding vermeld stond moeten berichten over de mogelijkheid tot herstel van het verzuim.

Ook het verzuim om tijdig een processtuk in te dienen kan fataal zijn, zeker als het gaat om de memorie van grieven. Als een proceshandeling niet binnen de termijn is verricht, vervalt het recht daartoe (artikel 133 lid 4 Rv) en kan op de rol akte niet-dienen worden verleend. Dat is een bindende eindbeslissing, waarvan de rechter niet zomaar kan terugkomen. In twee zaken van 16 december 2022⁹¹ gaat de Hoge Raad in op de vraag welk beoordeelingskader daarvoor geldt en redt hij *en passant* de twee appellanten van een voortijdig einde van hun zaak. De maatstaf voor het terugkomen van een bindende eindbeslissing geldt ook voor het terugkomen van een beslissing

De rechter moet terugkomen van het verlenen van akte niet-dienen als het onaanvaardbaar is om geen gelegenheid te geven tot herstel van de fout

tot het verlenen van akte niet-dienen. De rechter kan een bindende eindbeslissing heroverwegen als blijkt dat die beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag. Partijen moeten wel de gelegenheid krijgen om zich hierover uit te laten en de rechter moet zijn beslissing om terug te komen van een eerdere beslissing motiveren. De Hoge Raad overweegt dat bijzondere, in de zin van uitzonderlijke, door de rechter nauwkeurig aan te geven omstandigheden niet zijn vereist, waarmee hij gedeeltelijk terugkomt van HR 4 september 2015.⁹² De rechter moet terugkomen van het verlenen van akte niet-dienen als het onaanvaardbaar is om geen gelegenheid te geven tot herstel van de fout, gelet op de afweging van de aard van de fout en van alle betrokken belangen, (naderhand gebleken) feiten en omstandigheden. In de onderhavige zaken moet die afweging uitvallen in het voordeel van de appellanten. Daarbij is van belang dat de weder-

85. G.P. van Hooft, 'Tien jaar Molenbeek: over het geautomatiseerde bewijsbeslag, zoektermen en zoeksoftware', *BER* 2023, nr. 4-5, p. 21-27.

86. ECLI:NL:HR:2023:202, *NJ* 2023/202 (verzoeker/Stichting Vincent van Gogh).

87. Zie over deze materie ook J. Legemaate, 'Inzage in calamiteitenrapportages', *NJB* 2023/1397, afl. 20.

88. HR 18 november 2022,

ECLI:NL:HR:2022:1703, *RvdW* 2022/1102 (cardiologen/Staat).

89. ECLI:NL:HR:2022:1401, *RvdW* 2022/930 (verzoeker/APG).

90. ECLI:NL:HR:2022:1387, *RvdW* 2022/918 (Depra/OLB).

91. ECLI:NL:HR:2022:1873, *RvdW* 2023/38 (Marba/Salling);

ECLI:NL:HR:2022:1875, *RvdW* 2023/42 (eiser/BSMN).

92. ECLI:NL:HR:2015:2461, *NJ* 2015/354 (Annie/Jan Lange Beheer).

Dat hoven regelmatig de mist in gaan en dat er gevallen zijn waarin zelfs de A-G en de Hoge Raad tot tegengestelde conclusies komen over de devolutieve werking van het appel, bewijst wat ons betreft dat het eenvoudiger moet

partijen in beide zaken de memorie van grieven al op de maandag vóór de roldatum hadden ontvangen, en dus niet in hun belangen zijn geschaad door de te late ontvangst door het hof. Weigering van de memorie van grieven heeft voor appellanten echter de verstreckende consequentie van niet-ontvankelijkheid in hun beroep. Omdat bovendien in één zaak door eigen onderzoek van het hof duidelijk is geworden dat in maar liefst drie gevallen stukken niet tijdig waren bezorgd door dezelfde koerier, is voor de Hoge Raad duidelijk dat sprake is van een fout bij de bezorging en niet bij de verantwoordelijke advocaat.

Ook in HR 26 mei 2023⁹³ is de Hoge Raad welwillend voor een appellant die van het hof akte niet-dienen voor memorie van grieven krijgt. De advocaat van appellant Inbev, die peremptoir staat voor grieven, dient op de roldatum ruim twee uur na de rolzitting via Veilig Mailen een incidentele memorie in met het verzoek de procedure aan te houden in afwachting van beantwoording van prejudiciële vragen door de Hoge Raad in een andere zaak. Bij de indiening vermeldt de advocaat dat hij door een internetstoring op zijn huisadres de memorie niet tijdig voor de rolzitting van 10.00 uur kon mailen. In een rolbeslissing van een week later oordeelt de rolraadsheer dat het recht op het nemen van de memorie van grieven is vervallen omdat de incidentele memorie een uitstelverzoek wegens klemmende redenen betreft, dat te laat is gedaan. Deze beslissing wordt bevestigd in het eindarrest, waarbij wordt overwogen dat de internetstoring onvoldoende aannemelijk is gemaakt. Dat kan volgens de Hoge Raad niet. Het hof had de advocaat van Inbev eerst gelegenheid moeten bieden om de gestelde internetstoring en de niet-toerekenbaarheid daarvan te onderbouwen alvorens te oordelen over de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding. Ook de klacht van Inbev dat het hof de incidentele memorie op onbegrijpelijke wijze heeft uitgelegd – namelijk als een uitstelverzoek op grond van klemmende redenen – slaagt. De Hoge Raad overweegt dat een partij met een incidentele vordering om aanhouding kan vragen, bijvoorbeeld omdat in een andere procedure prejudiciële vragen zijn gesteld waarvan de beantwoording relevant is voor de beslissing in de onderhavige procedure (artikel 392 lid 6 Rv). Bij de beoordeling van zo'n incidentele vordering geldt de maatstaf van artikel 209 Rv die inhoudt dat de vordering eerst en vooraf wordt behandeld en beslist 'indien de zaak dat medebrengt'. Het hof had moeten beoordelen of daar in dit geval aanleiding toe bestond.

HR 7 juli 2023⁹⁴ laat zien dat de Hoge Raad weinig op heeft met een beroep op formaliteiten als dit niet heeft geleid tot een daadwerkelijke onevenredige benadeling van de wederpartij. De deurwaarder heeft de appeldagvaarding een dag voor het verstrijken van de appeltermijn gelaten aan een vrouw die werkzaam is in een bedrijfs-

verzamelgebouw waar ook het kantoor van de advocaat van verweerders is gevestigd. De advocaat vindt het exploit vervolgens veertien dagen later in zijn postvakje. De appeltermijn was toen dus verstreken. Het hof oordeelt dat het afschrift van het exploit niet overeenkomstig artikel 46 lid 1 Rv is gelaten aan de persoon voor wie het bestemd is, en ook niet aan een huisgenoot of een persoon van wie aannemelijk is dat deze zal bevorderen dat het afschrift voor degene voor het exploit is bestemd tijdig bereikt. Verweerders zijn hierdoor onredelijk benadeeld, omdat zij niet binnen de beroepstermijn op de hoogte zijn geraakt van het hoger beroep. Het hof verklaart het exploit daarom nietig. De Hoge Raad ziet het anders. Geïntimeerden hebben niet gesteld dat zij door de late ontvangst (na het verstrijken van de appeltermijn) zijn bemoeilijkt in het voeren van verweer. Het enkele feit dat een geïntimeerde door een gebrek in de betekening van de appeldagvaarding pas na het verstrijken van de appeltermijn op de hoogte raakt van het ingestelde hoger beroep, brengt niet mee dat hij onredelijk in zijn belangen is geschaad in de zin van artikel 122 Rv.

In HR 30 juni 2023⁹⁵ loopt het voor de appellant minder goed af. In een verzoekschriftprocedure dient de advocaat van appellant op de laatste dag van de appeltermijn een V1-formulier bij het hof in, maar hij verzuimt het beroepschrift bij te voegen. Dat dient hij een dag later alsnog via Veilig Mailen in, maar dat is volgens het hof te laat. Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard vanwege het ontbreken van de gronden daarvoor. In cassatie klaagt appellant tevergeefs dat een mogelijkheid tot herstel had moeten worden geboden. Het verzuim om in een beroepschrift de gronden op te nemen leent zich volgens de Hoge Raad niet voor herstel. Ook is geen sprake van een apparaatsfout als de griffie een partij er niet op wijst dat stukken (in dit geval het beroepschrift) ontbreken. Het aantekenen door de griffie van de dag van indiening op grond van artikel 278 lid 4 Rv strekt er alleen toe vast te leggen wat de indieningsdatum is, maar houdt geen verplichting in om partijen te waarschuwen als het verzoekschrift onvolledig is of ontbreekt. Dat hof en Hoge Raad in dit geval streng zijn, valt te begrijpen omdat hier de beroepstermijn zelf in het geding is. Mogelijk speelt ook een rol dat – anders dan in de hiervoor genoemde uitspraken van 16 december 2022 – niet buiten twijfel staat dat de wederpartij het beroepschrift wel tijdig heeft ontvangen.

Appelprocesrecht: leuker kunnen we het niet maken, wel makkelijker?

Wij hebben in deze kroniek eerder gepleit voor een vereenvoudiging van het appelprocesrecht. Elk jaar weer buigt de Hoge Raad zich minimaal één keer over de devo-

lutieve werking van het appel, het grievenstelsel of de ‘in beginsel strakke’ tweeconclusieregel. Dat hoven regelmatig de mist in gaan en dat er gevallen zijn waarin zelfs de A-G en de Hoge Raad tot tegengestelde conclusies komen over de devolutieve werking van het appel,⁹⁶ bewijst wat ons betreft dat het eenvoudiger moet. Dat zien wij dit jaar bevestigd in de hierna te bespreken uitspraak van 26 mei 2023,⁹⁷ waarin de Hoge Raad terugkomt van zijn veelbesproken uitspraak in *Faftani/KSN* uit 2012.⁹⁸ De roep om hervorming en vereenvoudiging klinkt overigens al langer, en lijkt steeds luider te worden.⁹⁹ Groeneveld-Tijssens pleit ervoor de Tijdelijke Experimentenwet Rechtspleging, die in 2020 is aangenomen maar nog niet in werking is getreden,¹⁰⁰ te gebruiken om te experimenteren met aanpassingen in het appelprocesrecht. Zo zou bijvoorbeeld in iets aangepaste vorm de second opinion-procedure van het Hof Den Haag nieuw leven in kunnen worden geblazen, of kan de positieve zijde van de devolutieve werking worden ingeperkt, waarbij de geïntimeerde duidelijk moet maken welke van de verworpen of onbehandelde verweren uit eerste aanleg hij in hoger beroep (opnieuw) beoordeeld wil zien.

In HR 26 mei 2023¹⁰¹ komt de Hoge Raad dus deels terug van *Faftani/KSN*. In een geschil over de eigendom van een strook grond vorderen eisers in eerste aanleg ontruiming van de strook grond, terwijl verweerders zich bij wijze van verweer én in reconventie beroepen op verschillende vormen van verjaring: primair verkrijgende verjaring te goeder trouw, subsidiair verkrijgende verjaring te kwader trouw, en meer subsidiair bevrijdende verjaring. De rechtbank wijst de vordering in conventie af en in reconventie toe op grond van bevrijdende verjaring. De vorderingen op grond van verkrijgende verjaring wijst de rechtbank af. Eisers gaan in hoger beroep van de afwijzing van hun ontruimingsvordering en de toewijzing van de verklaring voor recht dat gedaagden door bevrijdende verjaring eigenaars zijn geworden van de strook grond. Gedaagden stellen geen beroep in tegen de afwijzing van hun vorderingen in reconventie gebaseerd op verkrijgende verjaring. Het hof stelt vervolgens vast dat daartegen niet is opgekomen, zodat enkel nog de vraag voorligt of sprake is van bevrijdende verjaring. Ten aanzien daarvan komt het hof (gedeeltelijk) tot een ander oordeel dan de rechtbank. In cassatie gaat het om de vraag of het hof aldus niet de devolutieve werking heeft miskend. Het beroep op verkrijgende verjaring vormde namelijk ook onderdeel van het verweer van gedaagden tegen de ontruimingsvordering in conventie. Op grond van *Faftani/KSN* kon het hof geen acht slaan op deze verweren uit eerste aanleg. Het gezag van gewijsde van de afwijzing van de reconventionele vorderingen met gelijke strekking staat

daaraan in de weg. De Hoge Raad komt echter terug op zijn eerdere rechtspraak en herstelt de devolutieve werking in ere. Het bezwaar van tegenstrijdige uitspraken is niet langer doorslaggevend. Na cassatie zal daarom alsnog dit verweer van gedaagden tegen de ontruiming moeten worden behandeld. Het gezag van gewijsde kan overigens nog steeds roet in het eten gooien voor geïntimeerde. Ook in de onderhavige zaak geldt nog steeds dat het oordeel in reconventie gezag van gewijsde heeft. Als daarop een beroep wordt gedaan, kan het hof daar niet omheen. Het beroep op bevrijdende verjaring stuit daar dan alsnog op af. Daarin ligt dan ook meteen een belangrijk aandachtspunt voor appellanten: dat tijdig een beroep wordt gedaan op het gezag van gewijsde van het relevante deel van het vonnis van de rechtbank. Van verschillende kanten is opgemerkt dat dit vanwege de tweeconclusieregel zal moeten gebeuren bij memorie van grieven. Dit lijkt echter niet logisch, omdat op dat moment nog geen sprake is van gezag van gewijsde. Geïntimeerde kan immers nog incidenteel appel instellen. Gebeurt dat niet, dan kan mogelijk worden betoogd dat sprake is van een nieuwe omstandigheid waar appellant alsnog een beroep op kan doen.¹⁰²

De advocatuur lijkt inmiddels redelijk gewend aan de per 1 april 2021 ingevoerde en op 3 juni 2022¹⁰³ door de Hoge Raad afgezegende paginalimiet in hoger beroep. Wij hebben vernomen dat verzoeken om extra pagina's in de meeste gevallen worden gehonoreerd, en dat de regeling tot weinig problemen leidt. Als dat werkelijk zo is, is de vraag of er met de invoering van de regeling wel een probleem is opgelost. Duidelijk is in elk geval wel dat invoering van de regeling nog niet heeft geleid tot vermindering van de werkdruk bij de hoven of tot sneller verlopende procedures. Vanuit de Rechtspraak is afgelopen zomer het initiatief genomen voor een evaluatie van de regeling. In het ressort Den Haag en 's-Hertogenbosch is die evaluatie, met onder andere vragen over ervaringen met de regeling, rondgestuurd onder advocaten, maar dat lijkt niet door alle hoven te zijn gedaan. Wij zijn heel benieuwd naar de uitkomst van de evaluatie en hopen daar ook een deugdelijke cijfermatige onderbouwing in terug te zien. Een dergelijke onderbouwing is in elk geval nodig voordat – daar gaan geruchten over – een vergelijkbare beperking in eerste aanleg wordt ingevoerd.

Overigens lijkt de nieuwe regeling ook mogelijkheden te bieden die eerder ondenkbaar waren. Bij het hof Arnhem-Leeuwarden¹⁰⁴ dient appellant zonder toestemming een memorie van grieven in van meer dan 25 (namelijk 33) pagina's.¹⁰⁵ De memorie wordt geweigerd en appellant krijgt de gelegenheid om binnen twee weken een memorie in te dienen die het maximumaantal pagi-

93. ECLI:NL:HR:2023:776, *RvdW*

2023/562 (*Inbev/Reimborg*).

94. ECLI:NL:HR:2023:1073, *NJ* 2023/247.

95. ECLI:NL:HR:2023:997, *NJ* 2023/240.

96. Zie bijvoorbeeld HR 4 december 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1954, *NJ* 2021/7,

besproken in deze kroniek in *NJB*

2021/2598, afl. 35, p. 2900-2901.

97. ECLI:NL:HR:2023:784, *RvdW*

2023/561.

98. ECLI:NL:HR:2012:BU8514, *NJ*

2012/583, m.nt. H.B. Krans.

99. Zie recent N. Groeneveld-Tijssens,

'Hervorming van het appelprocesrecht: een

kwestie van experimenteren?', *TCR*

2023/3, p. 95-104; W.A. Jacobs, 'Het

appelprocesrecht: hordeloop in toga', *TvPP*

2022-6, p. 189-194, en bijvoorbeeld eerder

al D.L. Barbiers, 'De revisieplicht in het

civiele hoger beroep: waartoe, waarheen?',

TvPP 2019-1, p. 4-14.

100. *Stb.* 2020, 223.

101. ECLI:NL:HR:2023:784, *RvdW*

2023/561, *TvPP* 2023/4, p. 119, m.nt.

M.E.A. Möhring.

102. Zie de annotatie van Möhring bij het

arrest van de Hoge Raad in *TvPP* 2023/4.

103. ECLI:NL:HR:2022:824, *RvdW*

2022/559.

104. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 april

2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3337, *NJF*

2023/251 (*Prosyn/gemeente Almelo*).

105. Zo blijkt uit het roljournaal.

Het is te hopen dat deze vraag niet de aanleiding zal zijn voor een eventueel cassatieberoep. Dan werkt de paginalimiet toch bepaald contraproductief

na's niet overschrijdt. In de ingekorte memorie die vervolgens wordt ingediend, blijkt het petitum gewijzigd. Geïntimeerde verzet zich tegen deze eiswijziging, maar het hof verklaart de bezwaren ongegrond. Volgens het hof is geen sprake van strijd met de tweeconclusieregel of de goede procesorde. Ook kan niet worden gezegd dat sprake is van een eiswijziging, omdat alleen de tweede memorie van grieven tot het procesdossier behoort. Een harde regel dat geen inhoudelijke aanpassingen mogelijk zijn, lijkt ons niet wenselijk, ook niet als dit feitelijk ertoe leidt dat een procespartij twee weken langer kan werken aan haar memorie. In voorkomend geval kan de goede procesorde uitkomst bieden om uitwassen te voorkomen. Volgens het roljournaal loopt de zaak nog bij het hof, maar het is te hopen dat deze vraag niet de aanleiding zal zijn voor een eventueel cassatieberoep. Dan werkt de paginalimiet – en de aanvankelijke overschrijding van in dit geval slechts acht pagina's – toch bepaald contraproductief.

HR 23 juni 2023¹⁰⁶ – over een retentierecht op een appartement – bevestigt de vaste rechtspraak dat als grieven worden aangemerkt, alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd. Grieven hoeven niet als zodanig te worden aangeduid of genummerd, maar zij moeten voor de rechter en de wederpartij wel voldoende kenbaar zijn. Voor de vraag of iets als grief is aan te merken, kan daarom ook relevant zijn hoe de wederpartij de inhoud van de memorie van grieven (of het beroepschrift) heeft begrepen. Aangezien de memorie van grieven in dit geval volgens de Hoge Raad geen andere uitleg toelaat dan dat een bepaald oordeel van de rechtbank door appellant niet (voldoende kenbaar) is bestreden, en bovendien, anders dan het hof overweegt, uit de memorie van antwoord niet blijkt dat geïntimeerde op dit punt is ingegaan, is van een tijdig naar voren gebrachte grief geen sprake. Appellant heeft bij een latere akte aanvullende producties weliswaar geklaagd over het oordeel van de rechtbank, maar bij antwoordakte heeft geïntimeerde aangevoerd dat dit een nieuwe grief is en dat zij de uitbreiding van de rechtsstrijd op dit punt niet aanvaardt. Het hof heeft niet geoordeeld dat zich een uitzondering voordoet op de tweeconclusieregel, zodat het bewuste punt ten onrechte als grief is aangemerkt.¹⁰⁷

Een uitzondering op de tweeconclusieregel doet zich wel voor in het kader van HR 25 november 2022.¹⁰⁸ Volgens de tweeconclusieregel moeten grieven, een eiswijziging en nieuwe feiten en stellingen in beginsel in het eerste processtuk in hoger beroep worden aangevoerd. Dit geldt ook voor verweren die geïntimeerde aanvoert tegen

de vordering van de oorspronkelijk eiser, voor zover die verweren niet in het verlengde liggen van de door partijen omliggende rechtsstrijd in hoger beroep. Op deze regel is een drietal uitzonderingen aanvaard, namelijk wanneer (i) de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd, (ii) onverkorte toepassing in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde, of (iii) de bijzondere aard van de procedure dat meebrengt. In het kader van een echtscheidingsprocedure maakt de vrouw aanspraak op een *prestation compensatoire*, een vorm van alimentatie naar Frans recht. Het hof wijst die vordering af op basis van het door de man ter zitting gevoerde verweer dat er geen grond is om een *prestation compensatoire* vast te stellen. Volgens de Hoge Raad heeft de vrouw door zonder voorbehoud in te gaan op dit standpunt, ondubbelzinnig erin toegestemd dat dit standpunt alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken. Van strijd met de tweeconclusieregel is dus geen sprake.

De tweeconclusieregel staat er niet aan in de weg dat reeds eerder aangevoerde grieven, stellingen of verweren nader worden uitgewerkt of gepreciseerd, zo bevestigt HR 29 september 2023.¹⁰⁹ Volgens de Hoge Raad heeft het hof in deze echtscheidingszaak ten onrechte de akte van de man geweigerd op grond van de tweeconclusieregel, aangezien die akte niet anders kan worden uitgelegd dan als een reactie op producties van de vrouw waarop de man niet eerder kon reageren en een nadere precisering van reeds eerder door hem aangevoerde stellingen.

Voor regels van openbare orde geldt dat de rechter deze ambtshalve moet toepassen, ook als er niet tegen wordt gegriefd. HR 10 februari 2023¹¹⁰ betreft de vraag in hoeverre het hof gehouden is regels van conflictenrecht ambtshalve toe te passen. In deze zaak vordert Zweden van een Nederlands antiquariaat teruggave van een antiek boek, een cultuurgoed in de zin van artikel 1008 Rv en artikel 3:310a (oud) BW. Voor de verjaringsvraag is relevant wanneer aan de verzoekende lidstaat (Zweden) bekend is geworden waar de zaak is en wie deze onder zich heeft. De rechtbank heeft de vraag of kennis van de Zweedse justitiële autoriteiten kan worden toegerekend aan Zweden impliciet naar Nederlands recht beoordeeld. In cassatie wordt geklaagd dat het hof op grond van artikel 10:2 BW en artikel 25 Rv ambtshalve de regels van conflictenrecht had moeten toepassen, en ingevolge artikel 10:117-119 BW Zweeds recht had moeten toepassen op deze toerekeningsvraag. De Hoge Raad oordeelt dat conflictregels ingevolge artikel 10:2 BW ambtshalve worden toegepast en dus binnen het bereik van artikel 25 Rv vallen. De conflictregel van artikel 10:118 BW is echter niet in processuele zin van openbare orde, zodat de appelrechter deze alleen, zo nodig ambtshalve, dient toe te passen binnen het door de grieven ontsloten gebied. Omdat Zweden in appel de toepasselijkheid van Nederlands recht op de toerekeningsvraag niet heeft bestreden met een (kenbare) grief, moest het hof daarvan uitgaan.

Onder verwijzing naar deze uitspraak oordeelt de Hoge Raad twee weken later dat het hof ook niet vrijstaat om ambtshalve toepassing te geven aan het Weens Koopverdrag als de rechtbank beslist heeft op basis van het Nederlandse recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag, en partijen tegen die beslissing geen grief hebben gericht.¹¹¹

Wel van processuele openbare orde is de regel dat in kort geding geen verklaring voor recht kan worden uitgesproken. In hoger beroep moet deze regel zo nodig ambtshalve worden toegepast binnen de omvang van het hoger beroep.¹¹²

Pilot beperking omvang processtukken in cassatie

Na eerst het groene licht te hebben gegeven aan de hoven om grenzen te stellen aan de omvang van processtukken, is nu ook de civiele kamer van de Hoge Raad deze weg ingeslagen, vooralsnog enkel in de vorm van een pilot van twee jaar. Vanaf 1 september 2023 geldt een woordelimiet waarbij de procesinleiding, inclusief de eventuele aanvullende procesinleiding dan wel het verweerschrift, en de eventuele schriftelijke toelichting, tezamen niet meer dan 15.000 woorden beslaan als geen incidenteel cassatieberoep is ingesteld, en 23.000 woorden als dat wel is gebeurd. Voor repliek en dupliek geldt een maximale omvang van 3.000 woorden. Een overschrijding van het maximale aantal woorden moet worden toegelicht, maar heeft vooralsnog geen gevolgen.

Ontvankelijkheid (cassatie)beroep

Het is in beginsel in strijd met de goede procesorde om met één procesinleiding beroep in te stellen tegen uitspraken die in verschillende procedures zijn geweest. In bepaalde gevallen wordt het echter wel toegestaan. Zo is het wel mogelijk als de uitspraken op dezelfde dag zijn geweest, tussen dezelfde partijen en als zij voldoende met elkaar samenhangen om gezamenlijk te worden behandeld en beslist. Ook als sprake is van verschillende partijen kan één procesinleiding onder omstandigheden volstaan. Dan geldt evenwel als verzwaarde eis dat aanstonds voldoende moet vaststaan dat tussen de zaken een genoegzame samenhang bestaat om gezamenlijke behandeling te rechtvaardigen.¹¹³ De keuze om door middel van één procesinleiding beroep in te stellen is niet zonder risico. Bij onvoldoende samenhang zal het cassatieberoep niet-ontvankelijk worden verklaard.

In HR 18 november 2022¹¹⁴ is aan de verzwaarde eis voldaan. Er is sprake van twaalf verschillende procedures tussen Qatar Airways en passagiers die compensatie vorderen vanwege een geannuleerde vlucht, waarbij de vonnissen op drie verschillende data zijn geweest. Qatar Airways heeft door middel van één procesinleiding cassatieberoep

ingesteld tegen de twaalf vonnissen van de kantonrechter. De zaken zijn in feitelijke instantie niet gevoegd of anderszins gezamenlijk behandeld. Niettemin acht de Hoge Raad beroep middels één procesinleiding in dit geval toegestaan. De procedures zien namelijk op identieke vorderingen tot compensatie en zijn gebaseerd op hetzelfde feitencomplex (namelijk de omstandigheden rondom een geannuleerde vlucht). Verder is de motivering in de verschillende vonnissen nagenoeg hetzelfde. De Hoge Raad acht Qatar Airways dan ook ontvankelijk in haar cassatieberoep. Bij die overwinning blijft het echter voor Qatar Airways. De Hoge Raad wijst haar cassatieberoep af.

Op een uitspraak van de kantonrechter waartegen geen hoger beroep maar uitsluitend cassatieberoep openstaat, is artikel 80 lid 1 RO van toepassing. Dat artikel beperkt de mogelijkheden voor cassatie aanzienlijk, aangezien tegen het oordeel van de kantonrechter geen rechtsklachten maar uitsluitend motiveringsklachten kunnen worden aangevoerd. Deze beperking geldt met name voor beslissingen van de kantonrechter over vorderingen onder de appelgrens van € 1750. Artikel 80 lid 1 RO is echter ook van toepassing op de beslissing op een verzet tegen een uitdelingslijst in de vereffening van een nalatenschap (artikel 4:218 BW jo. artikel 187 lid 1 Fw), waarbij het financiële belang groot kan zijn. HR 25 augustus 2023¹¹⁵ plaatst vraagtekens bij de toepasselijkheid van artikel 80 RO in dit soort gevallen. De beperking van artikel 80 lid 1 RO lijkt dan niet op zijn plaats, ook omdat artikel 80 lid 1 RO niet van toepassing is als op grond van artikel 4:208 lid 1 BW een rechter-commissaris is benoemd voor de vereffening; dan geldt artikel 79 RO, dat voornoemde beperking niet kent. Dit alles roept de vraag op of de toepasselijkheid van artikel 80 RO op artikel 4:218 BW wel de bedoeling is, zeker nu nergens uit blijkt dat dit een bewuste keuze is geweest van de wetgever. De Hoge Raad ziet echter geen ruimte om artikel 80 RO buiten toepassing te laten. Het is aan de wetgever om hier iets aan te doen.

Gevolgen intrekking cassatieberoep

Zolang de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan, kan de verzoeker zijn cassatieberoep intrekken zonder dat toestemming van de verweerder nodig is. Gevolg van de intrekking is dat het aangevoerde cassatiemiddel niet meer wordt behandeld en dat het cassatieberoep wordt verwor-

Dit alles roept de vraag op of de toepasselijkheid van artikel 80 RO op artikel 4:218 BW wel de bedoeling is, zeker nu nergens uit blijkt dat dit een bewuste keuze is geweest van de wetgever

106. ECLI:NL:HR:2023:970, RvdW 2023/724.

107. Zie in omgekeerde zin de hiervoor

onder 'Bewijs' besproken uitspraak HR

10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:193,

RvdW 2023/213, waar het hof iets als nieu-

wegrief aanmerkt, terwijl het dat volgens

de Hoge Raad onmiskenbaar niet is.

108. ECLI:NL:HR:2022:1758, RvdW

2022/1163.

109. ECLI:NL:HR:2023:1334.

110. ECLI:NL:HR:2023:200, NJ 2023/79

(Koninkrijk Zweden/antiquariaat X).

111. HR 24 februari 2023,

ECLI:NL:HR:2023:313, NJ 2023/96

(Aswebo/Jura).

112. HR 31 maart 2023,

ECLI:NL:HR:2023:503, Rvdw 2023/409,

JBP 2023/40, m.nt. P. de Bruijn, r.o. 3.3.

113. HR 21 juni 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BZ8317, NJ 2014/248,

m.nt. H.J. Snijders, r.o. 4.1-4.3

114. ECLI:NL:HR:2022:1699, NJ 2022/369

(Closed Stock Company Qatar Airways/

verweerders).

115. ECLI:NL:HR:2023:1130, RvdW

2023/858.

pen. Bij de beoordeling van de rechtsgevolgen van de intrekking zal rekening moeten worden gehouden met de belangen van de verweerder, waaronder zijn belang om eventueel incidenteel cassatieberoep te kunnen instellen. Dat recht wordt hem door de intrekking niet ontnomen. In HR 17 maart 2023¹¹⁶ heeft verzoeker tot cassatie, een uitzendbureau, zijn cassatieberoep na de (negatieve) conclusie van de A-G ingetrokken en de Hoge Raad verzocht uitsluitend te beslissen over de proceskostenveroordeling. Incidenteel beroep is niet ingesteld. Verweerder in cassatie, een werknemer, verzoekt de Hoge Raad echter om omwille van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling toch een inhoudelijk oordeel te geven. De Hoge Raad geeft gehoor aan dat verzoek en gaat ondanks de verwerping van het beroep (gezien de intrekking) in op de vraag of het desbetreffende cao-beding geldig is. Een intrekking na de conclusie A-G hoeft dus niet te betekenen dat de Hoge Raad het cassatieberoep niet meer inhoudelijk behandelt.

Procesinleiding niet ondertekend door advocaat bij de Hoge Raad

Met enige regelmaat wordt, ook dit kroniekjaar weer,¹¹⁷ bij de Hoge Raad een procesinleiding ingediend zonder tussenkomst van een advocaat bij de Hoge Raad. Dit verzuim kan worden hersteld door dezelfde procesinleiding binnen twee weken nogmaals in te dienen overeenkomstig de daaraan te stellen vereisten.¹¹⁸ Als de cassatietermijn inmiddels is verstreken, biedt deze mogelijkheid tot herstel slechts in theorie een oplossing aangezien inhoudelijk niets meer aan de desbetreffende procesinleiding kan worden veranderd. De formele gebreken zijn in de regel echter slechts een deel van het probleem. De klachten zullen vaak ook materieel niet aan de eisen voldoen. Een cassatieadvocaat zal daarom niet genegen zijn de procesinleiding op zijn naam in ongewijzigde vorm te dienen. Het vinden van een cassatieadvocaat zal daarom een illusie blijken. Om dezelfde reden is het evenmin mogelijk om de deken te vragen een cassatieadvocaat aan te wijzen, zeker als de justitiabele pas aan de bel trekt als de termijn voor herstel van het verzuim al loopt. Volgens HR 9 juni 2023¹¹⁹ wordt, in lijn met eerdere rechtspraak,¹²⁰ ook geen acht geslagen op een reactie op de conclusie A-G als die niet door een advocaat bij de Hoge Raad is ingediend. Dat zou overigens anders liggen als er in de procedure wel een advocaat bij de Hoge Raad is gesteld. Het geven van een mondelinge of schriftelijke toelichting kan in dat geval ook geschieden door een andere dan de reeds aangewezen advocaat bij de Hoge Raad, die geen advocaat bij de Hoge Raad hoeft te zijn.¹²¹

Herroeping

HR 9 september 2022¹²² ziet op de herroeping van een uitspraak waarin het hof een *Peeters/Gatzen*-vordering heeft toegewezen tegen de insolventieadviseur van een aantal failliete vennootschappen. De insolventieadviseur vordert herroeping van deze uitspraak omdat de curator stukken van beslissende aard heeft achtergehouden in de procedure. Het betreft stukken waarmee hij kan aantonen dat er geen belastingschulden waren ten tijde van het faillissement. In de herroepingsprocedure komt eerst de vraag op of wel sprake is van stukken van beslissende aard. Het hof oordeelt van niet. De beschikkingen waar

Wij werpen de vraag op of het niet eens tijd wordt voor een meer fundamentele herziening van de beslagsyllabus

deze belastingschulden op zijn gebaseerd, hebben inmiddels formele rechtskracht, zodat stukken waarmee het bestaan van deze schulden kan worden bestreden, niet tot een lagere belastingschuld kunnen leiden. De Hoge Raad is het daarmee niet eens. In een aansprakelijkheidsprocedure van de insolventieadviseur kan immers nog steeds worden betoogd dat deze schulden niet bestaan. Vervolgens moet worden getoetst of deze stukken door toedoen van de curator zijn achtergehouden. Opzet is daarvoor niet vereist. Lichte schuld volstaat. In dit geval heeft de curator nagelaten om grondig onderzoek te doen naar het bestaan van deze stukken, waardoor ze niet tijdig zijn gevonden. Volgens de Hoge Raad valt zonder nadere toelichting niet in te zien waarom het verzuim grondig onderzoek te doen, geen lichte schuld oplevert.

Beslag- en executierecht

In augustus 2023 is zoals gebruikelijk de beslagsyllabus weer herzien.¹²³ De wijzigingen zijn beperkt tot punten en komma's, en een enkele toevoeging 'ter verduidelijking'. Wij werpen de vraag op of het niet eens tijd wordt voor een meer fundamentele herziening van de beslagsyllabus, waarin bijvoorbeeld meer aandacht wordt besteed aan de perikelen die in de praktijk spelen rond een bewijsbeslag. Te denken valt aan het – hiervoor al genoemde – gebruik van zoektermen bij digitale informatie, of wat te doen bij het aantreffen van geheimhoudersinformatie.

HR 21 april 2023¹²⁴ bevestigt de maatstaf voor schadelichtheid bij een ten onrechte gelegd beslag. Volgens vaste rechtspraak bestaat, behoudens bijzondere omstandigheden, een risicoaansprakelijkheid voor de beslaglegger als beslag wordt gelegd voor een vordering die achteraf geheel ongegrond blijkt. Het hof kan daarom niet de vordering tot schadevergoeding van de man wegens het door de vrouw gelegde beslag afwijzen op de grond dat niet is komen vast te staan dat de vrouw zonder enige rechtsgrond beslag heeft laten leggen.

Sinds 18 januari 2017 bestaat op grond van de EAPO-Verordening (655/2014) de mogelijkheid van een Europees bankbeslag, waarmee in grensoverschrijdende burgerlijke en handelszaken een bevel kan worden verkregen om beslag te leggen op de bankrekening van een schuldenaar in een andere lidstaat. Schuldeisers uit een lidstaat kunnen hiertoe bij hun nationale rechter een verzoek doen. Dat kan zowel nadat de rechter uitspraak heeft gedaan, als voor of tijdens de bodemprocedure. Voor een Europees bankbeslag voorafgaand aan of tijdens de bodemprocedure gelden strengere voorwaarden dan voor een nationaal beslag. Zo moet de schuldeiser met bewijsmateriaal aantonen dat het beslag dringend nodig is om te voorkomen dat verhaal onmogelijk of bemoeilijkt wordt. Bovendien

moet de schuldeiser aannemelijk maken dat zijn vordering waarschijnlijk gegrond wordt verklaard. Tot slot moeten schuldeisers die nog geen rechterlijke beslissing hebben verkregen, zekerheid stellen voor een bedrag dat voldoende is om misbruik te voorkomen. Omdat op een verzoek om een bevel tot conservatoir beslag wordt beslist zonder de schuldenaar te horen, voorziet de EAPO-Verordening in de mogelijkheid voor de schuldenaar om het bevel tot conservatoir beslag door de rechter te laten intrekken of wijzigen. Artikel 33 lid 1 EAPO-Verordening noemt daartoe zeven gronden. HR 2 december 2022¹²⁵ geeft antwoord op de vraag of de rechter bij de beoordeling van een verzoek om intrekking of wijziging van het beslagbevel, rekening kan houden met feiten en omstandigheden die zich na indiening van het verzoek om het beslagbevel hebben voorgedaan of daarna zijn vastgesteld. De Hoge Raad beantwoordt die vraag op basis van de tekst en de strekking van de EAPO-Verordening bevestigend. Dat geldt ook wanneer die omstandigheden betrekking hebben op de vraag of is voldaan aan de voorwaarde dat de schuldeiser voldoende bewijsmateriaal verstrekt om aannemelijk te maken dat zijn vordering waarschijnlijk gegrond wordt verklaard. Deze uitleg is zo evident dat de Hoge Raad het niet nodig vindt prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen.

Volgens artikel 441 Rv en het gelijkkluidende artikel 441 Rv Curaçao (RvC) kan slechts executoriaal beslag worden gelegd voor een vordering waarvan de waarde bepaalbaar is. Dat betekent niet dat het bedrag van de vordering al blijkt uit de executoriale titel, maar slechts dat de hoogte nu of later bepaalbaar is. Zo kan ook beslag worden gelegd als het beloop van de vordering in de schadestaatprocedure moet worden vastgesteld. Zolang dit evenwel niet vaststaat en de vordering niet is vereffend, wordt na het beslag de verdere executie gestaakt, zo bepaalt lid 2. Volgens HR 14 oktober 2022¹²⁶ is de rechter bij zijn beoordeling of een vordering is vereffend, niet gehouden zich te beperken tot de executoriale titel op grond waarvan het beslag is gelegd. Hij mag ook nadere gegevens uit andere documenten betrekken in zijn beoordeling. Daaraan staat niet in de weg dat die documenten, voor zover zij de status van vonnis hebben (naar het recht van het land van herkomst), niet zijn voorzien van een exequatur.

HR 16 juni 2023¹²⁷ gaat over de verdeling van een executieopbrengst en maakt duidelijk dat schuldeisers de bevoegdheid hebben om geheel of gedeeltelijk af te zien van het meedelen in een executieopbrengst, ook als dat leidt tot een andere verdeling dan uit artikel 3:277 lid 1 BW voortvloeit. Voor de uitoefening van die bevoegdheid behoeft de schuldeiser niet de instemming van de schuldenaar of van zijn medeschuldeisers. Het bepaalde in arti-

kel 480-490d Rv doet hieraan niet af, maar is een uitwerking van artikel 3:277 lid 1 BW.

Arbitrage

HR 17 maart 2023¹²⁸ betreft de vraag in hoeverre de vernietigingsrechter mag toetsen of sprake is van een schending van de opdracht van het scheidsgerecht die bestaat in schending van de regel van het gezag van gewijsde. Volgens artikel 1059 Rv hebben beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn verval in een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis, in een andere geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde. Een schending van deze regel wordt aangemerkt als een schending van de opdracht van het scheidsgerecht in de zin van artikel 1065 lid 1 onder c Rv. Dat is een van de gronden voor vernietiging van een arbitraal vonnis. Tussen afvalverwerkingsbedrijf Attero en een aantal Noord-Brabantse gewesten en gemeenten (hierna de gemeenten) zijn twee arbitrages gevoerd naar aanleiding van afspraken over de verwerking van afval. Daarin was onder andere de vraag aan de orde of Attero op basis van de overeenkomst recht heeft op bepaalde vergoedingen. In de eerste arbitrage heeft het scheidsgerecht de vorderingen van Attero afgewezen. In de tweede arbitrage hebben (andere) arbiters de vorderingen van Attero tot betaling van de vergoedingen (over andere jaren) toegewezen. De gemeenten hebben in de tweede arbitrage een beroep gedaan op het gezag van gewijsde van het eerste arbitrale vonnis, maar het tweede scheidsgerecht meent dat in de eerste arbitrage geen inhoudelijk oordeel is gegeven over de uitleg van de relevante afspraken, zodat van gezag van gewijsde geen sprake is. De gemeenten vorderen vervolgens vernietiging van het tweede arbitrale vonnis wegens schending van de opdracht, bestaande in de schending van het gezag van gewijsde. Het hof wijst die vordering toe, nadat het heeft onderzocht of de door het tweede scheidsgerecht gegeven uitleg aan het eerste arbitrale vonnis 'onmiskenbaar onjuist' of 'niet te begrijpen' is en of het tweede scheidsgerecht tot zijn uitleg van het eerste vonnis 'heeft kunnen

In een vernietigingsprocedure mag dus wel worden getoetst of het scheidsgerecht de juiste procedure-regels heeft toegepast, maar niet of het die regels juist heeft toegepast

116. ECLI:NL:HR:2023:426, RvdW 2023/348 (Uitzendbureau Solutions/verweerder).

117. HR 21 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1540, RvdW 2022/1009; HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1605, RvdW 2022/1066; HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:892, RvdW 2023/655.

118. Zie artikel 397 lid 4 Rv. De termijn van twee weken is vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

119. ECLI:NL:HR:2023:892, RvdW 2023/655.
120. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:314, RvdW 2017/311.
121. HR 3 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2806, RvdW 2017/1179,

r.o. 2.4.

122. ECLI:NL:HR:2022:1188, RvdW 2022/815.
123. rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/beslagsyllabus.pdf.
124. ECLI:NL:HR:2023:639, RvdW 2023/504, zie ook hiervoor onder Bewijs.
125. ECLI:NL:HR:2022:1804, RvdW 2022/1150 (Hoch Capital/verweerder).

126. ECLI:NL:HR:2022:1467, RvdW 2022/961 (verzoekerster/BNP Paribas Jersey Trust Corporation).
127. ECLI:NL:HR:2023:918, RvdW 2023/681 (TVM c.s./X).
128. ECLI:NL:HR:2023:422, NJ 2023/115 (Attero/Omgevingsdienst Brabant Noord c.s.).

komen'. De Hoge Raad zet een streep door deze inhoudelijke toetsing. Onder herhaling van de vaste rechtspraak dat de rechter bij vernietigingsvorderingen terughoudendheid moet betrachten, oordeelt de Hoge Raad dat het hof deze terughoudendheid heeft miskend. Het hof had zich bij de beoordeling van de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1 onder c Rv moeten beperken tot de vraag of het scheidsgerecht de in artikel 1059 Rv vervatte maatstaf van het gezag van gewijsde heeft aangelegd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het dat heeft gedaan. Dat geldt ook voor het geval vernietiging wordt gevorderd op de voet van artikel 1065 lid 1 aanhef en onder e Rv op de grond dat het arbitrale vonnis strijdt met artikel 1059 Rv. In een vernietigingsprocedure mag dus wel worden getoetst of het scheidsgerecht de juiste procedureregels heeft toegepast, maar niet of het die regels juist heeft toegepast. Een dergelijke inhoudelijke toetsing zou immers maken dat in feite sprake is van een verkapt hoger beroep, en dat is nu juist niet de bedoeling van een vernietigingsprocedure.

HR 24 maart 2023¹²⁹ betreft de mogelijkheid van gedeeltelijke vernietiging van een arbitraal vonnis. Heidelbergcement vordert bij de rechtbank (het oude arbitragerecht is van toepassing) vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van schending van de opdracht (artikel 1065 lid 1 sub c (oud) Rv) doordat het scheidsgerecht bij herstellvonnis het door Heidelbergcement te betalen rentepercentage op 10,5% had gesteld, in plaats van op 5% zoals in het oorspronkelijke arbitrale vonnis. Heidelbergcement vordert primair vernietiging van het arbitrale vonnis voor zover daarin een rentevoet hoger dan 5% is toegewezen en subsidiair vernietiging van het hele arbitrale vonnis. De rechtbank wijst de primaire vordering toe en vernietigt het arbitrale vonnis gedeeltelijk. Het hof oordeelt echter dat de toewijzing van het hogere rentepercentage zowel in strijd is met de opdracht van het scheidsgerecht als met het beginsel van hoor en wederhoor, en dat daarom gedeeltelijke vernietiging door een lager rentepercentage toe te kennen, zoals de rechtbank heeft gedaan, niet mogelijk is. Volgens de Hoge Raad is dit oordeel onbegrijpelijk. Niet valt in te zien waarom de toekenning van het hogere rentepercentage van 10,5% in het arbitrale herstellvonnis niet kan worden vernietigd zoals de rechtbank dat heeft gedaan, te weten door het arbitrale vonnis alleen op dit onderdeel en dus gedeeltelijk te vernietigen. Gedeeltelijke vernietiging is (volgens artikel 1065 lid 5 (oud) Rv) immers mogelijk voor zover de verhoging van het rentepercentage in het herstellvonnis niet onverbreekbaar samenhangt met de overige beslissingen in het arbitrale vonnis, en dat is niet het geval.

Van de beslissing waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, kan geen vernietiging op de voet van artikel 1065 lid 1 Rv worden gevorderd, zo volgt uit HR 21 april 2023.¹³⁰ Uit de toelichting bij artikel 1052 lid 5 (oud) Rv en artikel 1065 lid 1 (oud) Rv blijkt dat als een scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Dit sluit (een vordering tot) vernietiging van die beslissing uit. Deze benadering strookt volgens de Hoge Raad met die van de UNCITRAL Model Law, waarin het arbitragerechtelijk-

ke beginsel is vastgelegd dat het scheidsgerecht gerechtigd is om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen (*Kompetenz-Kompetenz*). Mede in het licht van de wetsgeschiedenis ligt in de rede artikel 1052 lid 5 eerste volzin Rv aldus uit te leggen dat van de beslissing waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, geen vernietiging op de voet van artikel 1065 lid 1 Rv kan worden gevorderd. Er is volgens de Hoge Raad geen aanleiding artikel 1052 lid 5 eerste volzin Rv anders uit te leggen in geval van een internationale investeringsarbitrage.

De vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis schorst de tenuitvoerlegging van het vonnis niet (artikel 1066 lid 1 Rv). Volgens artikel 1066 lid 2 Rv kan de vernietigingsrechter op verzoek van de meest gereede partij de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis schorsen totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist. De wetsgeschiedenis biedt volgens HR 2 juni 2023¹³¹ geen aanknopingspunten voor de gedachte dat de wetgever met de term 'verzoek' in artikel 1066 lid 2 Rv heeft beoogd om voor de schorsing van de tenuitvoerlegging uitsluitend de verzoekschriftprocedure aan te wijzen. Anders dan het hof aanneemt, staat de tekst van artikel 1066 lid 2 Rv dan ook niet in de weg aan een incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in de vernietigingsprocedure. De schorsing houdt niets anders in dan het staken van de tenuitvoerlegging voor de duur van de schorsing. Dat betekent dat geen belang bestaat bij schorsing als de tenuitvoerlegging al is voltooid. Voor het afwenden van een verhaalsrisico bestaan andere middelen, zoals beslaglegging.

HR 7 juli 2023¹³² betreft de vraag of op een verzoek om erkenning en verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis het oude of het nieuwe arbitragerecht van toepassing is. Daarvan hangt af of een dergelijk verzoek bij de voorzieningenrechter in de rechtbank (oud recht) of bij het hof (nieuw recht) moet worden ingediend. De Hoge Raad oordeelt dat de arbitrage vóór 1 januari 2015 aanhangig is gemaakt, zodat op grond van het overgangsrecht van artikel IV lid 2 en lid 4 Wet modernisering arbitragerecht het oude arbitragerecht van toepassing is. Artikel IV geldt op grond van eerdere rechtspraak ook voor buitenlandse arbitrages.¹³³ Niet het hof, maar de voorzieningenrechter is dus bevoegd om kennis te nemen van het verzoek (artikel 1075 (oud) Rv dan wel artikel 1076 lid 6 (oud) Rv).

Varia

Wet technische eenmaking Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

In de vorige kroniek maakten wij er op de valreep melding van dat op 23 september 2022 het wetsvoorstel technische eenmaking Rv bij de Tweede Kamer was ingediend. De wet is inmiddels per 1 mei 2023 in werking getreden.¹³⁴ Per die datum is dus een einde gekomen aan het bestaan van twee verschillende versies van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, namelijk één voor digitaal procederen en één voor niet-digitaal procederen. Daar zal de praktijk heel blij mee zijn, al valt het te betreuren dat hiermee een wetgevingsproject van bijna tien jaar grotendeels teniet is gedaan.¹³⁵

Haags Vonnissenverdrag 2019

Per 1 september 2023 is het Haags Vonnissenverdrag 2019 in werking getreden tussen de Europese Unie (exclusief Denemarken) en Oekraïne.¹³⁶ Dit verdrag beoogt wereldwijd de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen in civiele en handelszaken te regelen, op vergelijkbare wijze als de Brussel I bis-Verordening binnen de EU. Het zal nog wel lange tijd duren voordat het verdrag in de praktijk effect gaat sorteren, en dan nog zullen de mogelijkheden waarschijnlijk beperkter zijn dan de naam van het verdrag doet vermoeden. Het verdrag geldt namelijk alleen als (i) een vonnis in een verdragsluitende staat is gewezen en in een andere verdragsluitende staat moet worden erkend en tenuitvoergelegd en (ii) de procedure waarin het vonnis is gewezen, is aangevangen nadat het verdrag in beide staten in werking is getreden.¹³⁷ Bovendien is het verdrag alleen van toepassing op eindvonnissen en zijn van het toepassingsgebied nogal wat onderwerpen uitgezonderd. Nog even geduld dus...

Herschikking Bewijsverkrijgingsverordening en Betekeningsverordening

Per 1 mei 2023 zijn de gewijzigde Uitvoeringswet Bewijsverkrijgingsverordening¹³⁸ en de Uitvoeringswet Betekeningsverordening¹³⁹ in werking getreden.¹⁴⁰ De wijzigingen houden verband met de herschikking van de EU-verordeningen op deze terreinen, die per 1 juli 2022 van toepassing zijn geworden. De EU-bewijsverkrijgingsverordening (2020/1783) van 25 november 2020 is een herschikking van de EG-bewijsverordening uit 2001 en gaat over grensoverschrijdende samenwerking van gerechten van de lidstaten ten behoeve van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken. De EU-betekeningsverordening (2020/1784) van 25 november 2020 is een herschikking van de EU-betekeningsverordening (1393/2007) die sinds 13 november 2008 geldt. De aanpassingen zien met name op de inzet van technologie voor communicatie op afstand, zoals voor het faciliteren van elektronische grensoverschrijdende verzending van stukken of het horen van getuigen via videoconferentie. De verzendende en ontvangende instanties in de lidstaten zullen voor de elektroni-

Het verdient zonder meer aanbeveling de uitspraken van de Hoge Raad over litispidentie integraal te lezen

sche communicatie moeten aansluiten op e-CODEX, een digitaal systeem dat veilige informatiewisseling tussen de bevoegde justitiële autoriteiten mogelijk maakt.

Litispidentie

Artikel 12 Rv bevat een regeling voor litispidentie, dat wil zeggen de situatie dat bij een buitenlandse rechter een procedure aanhangig is tussen dezelfde partijen en over hetzelfde onderwerp. In twee recente beschikkingen van 29 september 2023¹⁴¹ licht de Hoge Raad zeer uitvoerig toe hoe deze bepaling moet worden toegepast, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. In beide zaken zijn in Marokko en in Nederland verzoeken tot echtscheiding en vaststelling van (kinder)alimentatie gedaan, en ligt de vraag voor in hoeverre de Nederlandse rechter op grond van artikel 12 Rv de procedure moet aanhouden dan wel zich onbevoegd moet verklaren. Het verdient zonder meer aanbeveling de uitspraken van de Hoge Raad integraal te lezen, maar binnen het bestek van deze kroniek volstaan wij met de signalering van enkele punten:

- i) Net als in dagvaardingszaken moet in verzoekschriftprocedures het beroep op litispidentie voor alle weren worden gedaan.
- ii) Als de rechter aanhouding overweegt, moet hij eerst onderzoeken of is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 12 Rv. Daarbij geldt dat het tijdstip van aanhangig maken van de buitenlandse procedure moet worden bepaald naar het – ambtshalve toe te passen – recht van de desbetreffende staat.
- iii) Vervolgens moet de rechter onderzoeken of in de buitenlandse procedure een beslissing kan worden gegeven die voor erkenning en, in voorkomend geval, voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar is. Zo ja, dan *kan* de rechter de zaak aanhouden; hij is daartoe niet verplicht.
- iv) De aanhoudingsbeslissing is een voorlopige beslissing waaraan de rechter niet is gebonden en waarvan hij kan terugkomen zolang de buitenlandse rechter nog geen beslissing heeft gegeven.
- v) Gelet op het discretionaire karakter van de beslissing tot aanhouding kan hiertegen niet worden opgekomen in hoger beroep.
- vi) Als in het buitenland eenmaal een onherroepelijke beslissing is gegeven, *moet* de rechter zich onbevoegd verklaren.
- vii) Tegen een onbevoegdheidsoordeel kan worden opgekomen in hoger beroep als de toepassingsvoorwaarden van artikel 12 Rv zijn miskend of ten onrechte is geoordeeld dat de buitenlandse beslissing voor erkenning en, in voorkomend geval, voor

¹²⁹ ECLI:NL:HR:2023:438, NJ 2023/124

(Heidelbergcement/Alpha Invest Group).

¹³⁰ ECLI:NL:HR:2023:636, RvdW

2023/493 (eisers/Bolivariaanse Republiek Venezuela).

¹³¹ ECLI:NL:HR:2023:840, RvdW

2023/613.

¹³² ECLI:NL:HR:2023:1072, RvdW

2023/818 (Seitur/CWT).

¹³³ HR 24 december 2021,

ECLI:NL:HR:2021:1990, NJ 2023/64, m.nt.

H.J. Sniijders (Kazachstan/Ascom).

¹³⁴ Wet technische eenmaking Wetboek

van Burgerlijke Rechtsvordering van 25

januari 2023, Stb. 2023, 41, en Besluit van

20 maart 2023, Stb. 2023, 97.

¹³⁵ Zie ook A.I.M. van Mierlo, 'Per 1 mei

2023: Eenheid en duidelijkheid in gerechtelijke civiele procedures', WPNR 2023/7412.

¹³⁶ Convention of 2 July 2019 on the

Recognition and Enforcement of Foreign

Judgments in Civil or Commercial Matters;

zie hcch.net/en/instruments/conventions/

full-text/?cid=137.

¹³⁷ Zie art. 1 en 16 van het Verdrag.

¹³⁸ Stb. 2023, 96.

¹³⁹ Stb. 2023, 95.

¹⁴⁰ Stb. 2023, 128.

¹⁴¹ ECLI:NL:HR:2023:1065 en

ECLI:NL:HR:2023:1066.

tenuitvoerlegging vatbaar blijkt te zijn en onherroepelijk is. De appelrechter beoordeelt dit *ex tunc*. Vernietigt de appelrechter het onbevoegdheidsdeel van de rechter in eerste aanleg, dan volgt terugverwijzing. Onbevoegdverklaring op grond van artikel 12 Rv moet op één lijn worden gesteld met onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van rechtsmacht.

- viii) In de Nederlandse procedure waarin een beroep is gedaan op artikel 12 Rv kunnen partijen ook vragen om erkenning van de buitenlandse procedure op de voet van artikel 431 lid 2 Rv. Dit kan ook in verzoekschriftprocedures. Of een buitenlandse beslissing voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking komt, moet, bij gebreke van een internationale regeling, worden beoordeeld naar de in de rechtspraak ontwikkelde *Gazprombank*-criteria.¹⁴²

Immunititeit van jurisdictie

Immunititeit van jurisdictie komt toe aan staten en brengt mee dat een rechter zich onbevoegd zal verklaren om over een vordering tegen een staat te oordelen. In het verleden daarvan liggen functionele immunititeit van overheidsfunctionarissen voor handelingen die zij in een officiële hoedanigheid verrichten, en persoonlijke immunititeit van individuen, verbonden met de positie van ambtsdrager, ook voor handelingen in privé. De gedachte is dat immunititeit van jurisdictie eenvoudig omzeild zou kunnen worden als functionarissen rechtstreeks zouden kunnen worden aangesproken in een civiele procedure. HR 25 augustus 2023¹⁴³ ziet op de vraag of hierop niet een uitzondering zou moeten gelden voor oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. In deze procedure worden twee (voormalige) bevelhebbers van het Israëlische leger aangesproken voor de gevolgen van een in 2014 uitgevoerde militaire operatie in de Gazastrook. De militairen beroepen zich in de procedure op immunititeit van jurisdictie, omdat zij hebben gehandeld in officiële

hoedanigheid van overheidsfunctionarissen van de Staat Israël. Volgens eiser, die door de militaire actie familieleden heeft verloren, komt hun hierop geen beroep toe gezien de aard en de ernst van de hun verweten gedragingen. De Hoge Raad gaat hierin niet mee. Volgens de Hoge Raad kan uit rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof en EHRM een regel van internationaal gewoonterecht worden afgeleid die inhoudt dat overheidsfunctionarissen voor handelingen die zij hebben verricht in de uitoefening van hun publieke functie, in een civiele zaak voor de rechter van een andere staat een beroep op immunititeit van jurisdictie toekomt, ongeacht de aard en de ernst van wat hun wordt verweten. De Hoge Raad ziet geen aanwijzingen dat het internationaal gewoonterecht thans een andere regel kent of een uitzondering op deze regel aanvaardt.

Afronding

Hiermee ronden wij af, helaas niet binnen de woordenlimiet van de Hoge Raad. Dat komt in dit geval geheel voor rekening van de Hoge Raad zelf, die het afgelopen jaar een groot aantal relevante uitspraken heeft gedaan op verschillende terreinen. Daarbij zijn ook dit jaar weer stappen gezet om het procesrecht hanteerbaarder en praktischer te maken voor alle betrokkenen, waardoor de toegang tot de rechter wordt gewaarborgd. Niettemin is er ook nog wel een weg te gaan. Zo hopen wij volgend jaar te kunnen berichten dat eindelijk het bewijsrecht daadwerkelijk is herzien en dat er plannen zijn om ook het appelprocesrecht toegankelijker te maken. Verder is te hopen dat er op niet al te lange termijn een nieuwe regering kan worden gevormd die werk maakt van het ontlasten van de rechterlijke macht én het verstevigen van de sociale advocatuur. •

¹⁴². HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, m.nt. T.M. de Boer (*Gazprombank*).

¹⁴³. ECLI:NL:HR:2023:1132, RvdW 2023/856.