

Kroniek van het burgerlijk procesrecht

Margriet de Boer & Machteld de Monchy¹

We kijken terug op een jaar waarin Nederland op de proef is gesteld. Een jaar waarin maximale flexibiliteit werd verlangd van de rechtspraak en procespartijen. Een periode waarin het, ondanks het mislukken van KEI, binnen een maand mogelijk werd om digitaal processtukken in te dienen en zittingen te houden en deurwaarders de zogenaamde ‘corona-betekening’ introduceerden. Tegelijkertijd kunnen we ook terugkijken op een jaar waarin de Hoge Raad een aantal belangwekkende arresten heeft gewezen en langlopende wetgevingstrajecten ten einde zijn gekomen. Kortom, het is tijd voor de verslaglegging van een ongekend bewogen jaar in het burgerlijk procesrecht.

Algemene ontwikkelingen

COVID-19 en noodgedwongen innovatie

Digitale toegang tot de rechtspraak heeft een nieuwe dimensie gekregen toen COVID-19 ook in Nederland om zich heen sloeg. De overheid koos voor een ‘intelligente lockdown’. De weerstand daartegen door Stichting de Vijfde Macht, die in kort geding pleitte voor een volledige lockdown, mocht gelukkig niet baten.² De impact van COVID-19 op Nederland en zo ook de rechtspraak is immens. De gerechtsgebouwen sluiten op 17 maart 2020 de deuren en behandelen alleen nog ‘zeer urgente zaken’. De Tijdelijke algemene regeling zaaksbehandeling Rechtspraak³ scheidt duidelijkheid: deze ‘zeer urgente zaken’, zogenaamde ‘lijst 1-zaken’, worden alleen online (via bijvoorbeeld Skype) of telefonisch op zitting behandeld. Vanaf 7 april 2020 worden ook weer urgente zaken, ‘lijst 2-zaken’, online of telefonisch op zitting behandeld. Gerechten doen in de periode van 17 maart tot en met 10 mei 2020 ook veel zaken schriftelijk af, of staan partijen een extra schriftelijke ronde toe, in plaats van een mondelinge behandeling in te plannen. Sinds 11 mei 2020 bevindt de Rechtspraak zich in ‘fase 3’. Zittingen vinden steeds meer met fysieke aanwezigheid van procespartijen plaats. Strafzaken, jeugd(straf)zaken en familiezaken krijgen hierbij voornamelijk prioriteit. Kantonrozzittingen vinden per 1 september 2020 ook weer fysiek plaats. De Tijdelijke algemene regeling zaaksbehandeling geldt tot 1 oktober 2020 of zoveel langer als de Rechtspraak aansluit bij verlenging van de huidige coronamaatregelen door het kabinet. Op het moment van schrijven van deze kroniek staan wij mogelijk aan het begin van de gevreesde ‘tweede golf’, dus het ziet er niet naar uit dat de Rechtspraak op korte termijn weer kan functioneren als vanouds.

De basis voor het houden van zittingen zonder fysieke aanwezigheid van procespartijen ligt in de ‘Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid’⁴. Deze wet is op 24 april 2020 in werking getreden, grotendeels met terugwerkende kracht vanaf 16 maart 2020. Artikel 2 van de wet bepaalt onder meer dat als het niet mogelijk is in civiele procedures een fysieke zitting te houden in verband met de uitbraak van het coronavirus, de mondelinge behandeling kan plaatsvinden door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel, zoals (groeps)telefoon-gesprekken, beeldbellen en vergaderapplicaties zoals Skype.⁵ De gerechten blijken creatief en een groot aantal zittingen vindt inderdaad geheel of gedeeltelijk digitaal plaats. HR 25 september 2020⁶ bevestigt dat het telefonisch horen van de betrokkene (in een zaak over voortzet-

Auteurs

1. Mr. drs. M.H. de Boer is advocaat bij Ysquare te Amsterdam. Mr. M.V.E.E. de Monchy is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Bij wege van *disclosure* wijzen wij erop dat wij c.q. onze kantoren betrokken zijn geweest bij enkele in deze kroniek behandelde zaken. Deze kroniek bestrijkt (ongeveer) de periode van oktober 2019 t/m september 2020. Met dank aan Maxime Loos.

Noten

2. Zie Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:HR:RBDHA:2020:3013.
3. www.rechtspraak.nl/coronavirus-

(COVID-19)/Paginas/COVID-19-tijdelijke-algemene-regeling-zaaksbehandeling-Rechtspraak.aspx#b032923c-801f-4698-a478-1c52448fd251a32b6908-c069-45db-a355-94c5665ca9a948.

4. Wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid), *Stb.* 2020, 124.

5. *Kamerstukken II* 2019/20, 35434, 3, p. 3.

6. ECLI:NL:HR:2020:1509.

ting van een crisismaatregel op grond van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg) toelaatbaar kan zijn als fysieke aanwezigheid ter zitting of deelname door middel van een tweezijdige beeld- en geluidsverbinding redelijkerwijs niet mogelijk of niet verantwoord is, mits wordt voldaan aan de eisen van een eerlijk proces. Versnelde innovatie blijkt in een crisissituatie dus toch mogelijk. De wet, die eigenlijk op 1 september 2020 zou vervallen, is vanwege de aanhoudende COVID-19-beperkingen verlengd tot 1 oktober 2020,⁷ en zal ongetwijfeld daarna opnieuw worden verlengd.⁸

Vanwege de coronacrisis ziet ook de ‘corona-betekening’ het licht. Deurwaarders hanteren sinds de uitbraak van het virus een werkwijze waarbij in gevallen waarin betekening in persoon of aan een huisgenoot (artikel 46 lid 1 Rv) niet verantwoord wordt geacht vanwege het besmettingsrisico, direct een afschrift van het exploit in een gesloten envelop aan de woonplaats wordt achtergelaten (artikel 47 lid 1 Rv). Anders dan de A-G die op 4 mei 2020 concludeert dat de corona-betekening tegen de wettelijke regels indruist,⁹ oordeelt de Hoge Raad op 19 juni 2020 dat de corona-betekening rechtsgeldig is.¹⁰ Dit baseert de Hoge Raad op de, dan inmiddels aangenomen, Verzamelspoedwet COVID-19,¹¹ waarin de corona-betekening een wettelijke grondslag krijgt en met terugwerkende kracht vanaf 16 maart 2020 geldt.¹² De Verzamelspoedwet COVID-19 gold in eerste instantie tot 1 september 2020, maar is inmiddels verlengd tot 1 oktober 2020.¹³ De regeling kan ook daarna telkens voor maximaal twee maanden verlengd worden.¹⁴

Om op termijn flexibiliteit te kunnen waarborgen, ligt er inmiddels een nieuwe wet ter behandeling bij de Tweede Kamer, de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19.¹⁵ Dit omstreden wetsvoorstel dient ter vervanging van de noodverordeningen waarin de maatregelen rond het coronavirus momenteel zijn vastgelegd. Het wetsvoorstel is kritisch ontvangen,¹⁶ en er zijn inmiddels verschillende amendementen ingediend. Het ziet ernaar uit dat we voorlopig moeten terugvallen op verlengingen van de huidige regelingen.

De pandemie heeft de druk op de rechtspraak behoorlijk verhoogd. Achterstanden in zaaksbehandeling waren er al en lopen nu verder op. Ook het kabinet ziet dat en stelt € 40 miljoen beschikbaar om corona-achterstanden weg te werken.¹⁷ Of dat voldoende is wagen wij te betwijfelen. Het geld lijkt met name bestemd voor het wegwerken van de enorme achterstanden in de strafrechtketen, en het virus grijpt alweer om zich heen. Een reëler streven lijkt het om de achterstanden niet verder te laten oplopen. De rechtspraak werkt daar hard aan. Zo worden

de openingstijden van gerechtsgebouwen verruimd en hebben zich inmiddels 35 gepensioneerde rechters gemeld om te helpen bij het wegwerken van de achterstanden die zijn ontstaan door de coronacrisis.¹⁸

Modernisering en ontwikkelingen in wet- en regelgeving

Ondanks de coronacrisis is de wet- en regelgeving nog in ontwikkeling en staat de modernisering van de civiele procedure niet stil. Een kort overzicht. Per 1 oktober 2020 treedt de Wet herziening van het beslag- en executierecht gefaseerd in werking, waarover verderop in deze kroniek meer. Daarnaast is de veelbesproken Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging op 23 juni 2020 door de Eerste Kamer aangenomen.¹⁹ De Wet flexibilisering zaaksverdeling, die het mogelijk maakt dat gerechten elkaar meer flexibele bijstand verlenen bij een tijdelijk gebrek aan zittingscapaciteit, is op 17 september 2020 aangenomen door de Tweede Kamer.²⁰ Het meest opzienbarend blijft echter het wetsvoorstel omtrent vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht dat op 17 juni 2020 bij de Tweede Kamer is ingediend.²¹ Wij staan verderop in deze kroniek stil bij de belangrijkste elementen van dit wetsvoorstel. Ons moet wel van het hart dat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering er met al die wijzigingen niet leesbaarder op wordt. Met het naast elkaar bestaan van twee versies van Rv – één voor niet-digitaal en één voor digitaal procederen – waarbij sommige artikelen (zoals artikel 30p Rv) dan toch weer voor alle procedures gelden, kun je het de gemiddelde advocaat niet kwalijk nemen als hij het spoor bijster is.

Daarnaast blijft KEI natuurlijk een aandachtspunt. Na alle hectiek rond KEI de afgelopen jaren heeft de Minister voor Rechtsbescherming op 1 mei 2020 het Ontwerp-Besluit elektronisch procederen aan de Tweede en Eerste Kamer voorgelegd.²² Het besluit biedt een regelgevend kader voor alle vormen van vrijwillig en verplicht elektronisch procederen in het civiele recht en het bestuursrecht en zal de huidige regelgeving over elektronisch procederen vervangen. Het besluit moet gaan gelden voor procedures bij de rechtbanken, gerechtshoven, Hoge Raad, ABRvS, CRvB en het CBB.

Tot slot nog een enkel woord over de Netherlands Commercial Court (NCC) die in 2019 haar deuren opende. Deze bijzondere kamer van de Rechtbank Amsterdam is inmiddels duidelijk *open for business*. In maart van dit jaar wees zij haar eerste eindvonnis in een bodemprocedure en met enige regelmaat behandelt de NCC zaken in kort geding.²³ Het wachten is nog wel op de eerste zaak in hoger beroep. Enkele in de praktijk bestaande misverstanden over de werking en de bevoegdheid van de NCC(A)

Met het naast elkaar bestaan van twee versies van Rv – één voor niet-digitaal en één voor digitaal procederen – waarbij sommige artikelen dan toch weer voor alle procedures gelden, kun je het de gemiddelde advocaat niet kwalijk nemen als hij het spoor bijster is

worden weggenomen in de bijdrage 'Back to business: NCC/NCCA werkt in het Engels, maar is gewoon Rechtbank of Hof Amsterdam en heeft dus verplichte rechtsmacht'.²⁴

Massaclaims

Op 1 januari 2020 is ook de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in werking getreden. De wet (grotendeels ingevoegd in artikel 3:305a BW en Titel 14A Rv) maakt het mogelijk om in een collectieve actie (niet alleen een verklaring voor recht maar ook) schadevergoeding te vorderen. Er geldt nu één regime voor collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW, ongeacht of ze strekken tot schadevergoeding in geld of niet. De bepalingen van de WAMCA zijn van toepassing op collectieve acties die betrekking hebben op gebeurtenissen van na 15 november 2016 en die worden ingesteld na 1 januari 2020. Volgens artikel 1018c lid 2 Rv moet de dagvaarding in een collectieve actie binnen twee dagen worden ingeschreven in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a lid 7 BW. Dat register²⁵ maakt inmiddels melding van twaalf collectieve vorderingen. De aftrap is daarmee gegeven. Het is nu afwachten hoe de procedures gaan verlopen en hoe de schadebegroting gaat uitpakken.²⁶

Een andere ontwikkeling op het vlak van massaclaims ligt in de *New Deal for Consumers* van de Europese Commissie. Op 22 juni 2020 zijn de Europese Commissie, de lidstaten en het Europees Parlement de definitieve tekst van de EU Richtlijn representatieve acties, onderdeel van de New Deal, overeengekomen. De definitieve tekst is op 30 juni 2020 gepubliceerd.²⁷ De Richtlijn beoogt consumenten in alle lidstaten een effectieve mogelijkheid te geven om vorderingen in te stellen tegen bedrijven vanwege onrechtmatige praktijken. Lidstaten moeten er onder meer voor zorgen dat *representative actions* kunnen

worden ingesteld door *qualified entities*. Dit zijn organisaties die door een lidstaat als zodanig zijn aangewezen en die moeten voldoen aan een aantal strenge vereisten. De richtlijn verbiedt lidstaten niet om andere procedures in te voeren of te behouden die strekken tot consumentenbelangenbescherming, mits er in ieder geval één procedure is die overeenkomt met de richtlijn. Na inwerkingtreding hebben lidstaten twee jaar de tijd om de richtlijn te implementeren.²⁸

Rol van de rechter

Afgelopen jaar is het maatschappelijke en politieke debat over de rol van de rechter opnieuw opgelaaid. Aanleiding hiervoor was een aantal uitspraken waarin de politiek door de rechter werd aangesproken. Zo oordeelde de ABRvS vorig jaar dat het Programma Aanpak Stikstof (PAS) is vastgesteld in strijd met de Habitatrichtlijn, en verplichtte de voorzieningenrechter de Staat om zich in te spannen kinderen van IS-moeders terug naar Nederland te halen.²⁹ Recentelijk oordeelde de Hoge Raad echter dat de Staat in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn beslissing om de kinderen niet naar Nederland terug te halen en zich daar ook niet voor hoeft in te spannen.³⁰ Grote aandacht uit binnen- en buitenland kreeg uiteraard het veelbesproken *Urgenda*-arrest, waarin de Hoge Raad de Staat een ingrijpend CO₂-reductiebevel oplegt.³¹ Dat het HvJ EU daarnaast in een Duitse klimaatzaak oordeelde dat een nationale rechter lijfswang kan opleggen bij een aanhoudende weigering van een nationale autoriteit om gevolg te geven aan een rechterlijke beslissing waarbij wordt gelast een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting na te komen die voortvloeit uit het Unierecht,³² kan ervoor zorgen dat het de uitvoerende macht heet onder de voeten wordt.³³

7. Art. 1 Besluit van 27 augustus 2020 tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19, *Stb.* 2020, 304.

8. Zie ook B.T.M. van der Wiel & R.V. van Gardingen, 'De coronacrisis en termijnen in de civiele rechtspleging', *Ondernemingsrecht* 2020/76.

9. Conclusie A-G R.H. de Bock 4 mei 2020, *ECLI:NL:PHR:2020:442*.

10. *ECLI:NL:HR:2020:1088*.

11. Regels over een tijdelijke voorziening voor de betekening van exploitatie op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en wijziging van de Loodsenwet, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Invorderingswet 1990, de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen en de Luchtvaartwet BES in verband met de uitbraak van COVID-19 (Verzamelspoedwet COVID-19), *Stb.* 2020, 195.

12. Art. 1 Besluit van 17 juni 2020, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding Verzamelspoedwet COVID-19, *Stb.* 2020, 196.

13. Besluit van 27 augustus 2020 tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19, *Stb.* 2020, 304.

14. Zie ook W.W.M. van de Donk & S.J.W. van der Putten, 'Betekenen van exploitatie in de coronacrisis, de drie staatsmachten in actie', *BER* 2020/5, p. 25-32.

15. Zie Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19), *Kamerstukken II* 2019/20, 25526, 2.

16. Zie Wim Voermans, 'Nieuwe wetsvoorstel Tijdelijke maatregelen COVID-19 nog steeds niet aan de maat', te raadplegen via: <https://wimvoermans.wordpress.com/2020/07/14/nieuwe-wetsvoorstel-tijdelijke-maatregelen-covid-19-nog-steeds-niet-aan-de-maat/>.

17. www.advocatie.nl/nieuws/kabinet-steekt-40-miljoen-euro-in-wegwerken-corona-achterstand-rechtszaken/.

18. www.mr-online.nl/35-rechters-70-gaan-achterstanden-aanpakken/.

19. *Stb.* 2020, 223.

20. Zie <https://wetgeving.kalender.overheid.nl/Regeling/WGK010387>.

21. www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35498_wet_vereenvoudiging_en.

22. Zie Besluit houdende regels voor het langs elektronische weg procederen in het civiele recht en in het bestuursrecht (Besluit elektronisch procederen), (bijlage bij *Kamerstukken II*, 29279, 590).

23. Rb. Amsterdam 4 maart 2020, *ECLI:NL:RBAMS:2020:1388*, *RCR* 2020/41.

Een overzicht van de uitspraken van de NCC is te raadplegen via www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judgments.aspx.

24. L.S. Frakes & W.A. Visser, 'Back to business: NCC/NCCA werkt in het Engels, maar is gewoon een Rechtbank of Hof Amsterdam en heeft dus verplichte rechtsmacht', 9 juli 2020, te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/NCC-NL.

25. www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.

26. Zie ook C.J.M. Klaassen, 'De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie:

eindelijk werkelijkheid, nu nog gaan werken...', *TCR* 2019/4, p. 145-152.

27. Te raadplegen via: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consolidated-lex-act-2020-09-22-2020_INIT.

28. Zie over de richtlijn onder meer B.M. Katan & D.L. Barbiers, 'De Richtlijn representatieve vorderingen komt eraan. Wat te doen met de WAMCA?', *NTBR* 2019/27.

29. ABRvS 29 mei 2019, *ECLI:NL:RVS:2019:1603* en ABRvS 29 mei 2019, *ECLI:NL:RVS:2019:1604*; Rb. Den Haag 11 november 2019, *ECLI:NL:RBDHA:2019:11909*.

30. HR 26 juni 2020, *ECLI:NL:HR:2020:1148*.

31. HR 20 december 2019, *ECLI:NL:HR:2019:2006*, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*).

32. HvJ EU 19 december 2019, *ECLI:EU:C:2019:1114*.

33. Zie over dit thema onder meer T. Barkhuysen, 'Lijfswang tegen autoriteiten die weigeren vereiste milieumaatregelen te nemen', *NJB* 2020/123, afl. 2.

Wij volstaan met de voorzichtige constatering dat een duwtje in de rug vanuit de rechtspraak soms best nuttig kan zijn

Thierry Baudet heeft onze rechtsstaat een 'dikastocratie' genoemd, maar de Raad van State acht de balans tussen de staatsmachten verzekerd en volgens de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Henk Naves, moet men stoppen met het verdacht maken van de rechter.³⁴ Toch stelt de Vaste commissie voor Binnenlandse zaken een werkgroep in om de mogelijke invloed van rechters in de trias politica te onderzoeken.³⁵ Wij mengen ons maar niet teveel in dit debat, maar volstaan met de voorzichtige constatering dat een duwtje in de rug vanuit de rechtspraak soms best nuttig kan zijn.

Algemene beginselen

Recht op een eerlijk proces

Twee jaar geleden pleitten wij in deze kroniek voor invoering van een controlemechanisme om te voorkomen dat uitspraken worden gewezen op naam van rechters die daartoe niet langer bevoegd zijn.³⁶ Dergelijke uitspraken zijn op grond van artikel 5 lid 2 Wet RO nietig. Deze nietigheid kan uitsluitend worden ingeroepen in het kader van een tegen de uitspraak openstaand rechtsmiddel, en brengt mee dat de zaak door de lagere rechter 'volledig opnieuw' moet worden beoordeeld. Voor de betrokken partijen betekent dat dus dat zij soms na jaren procederen weer terug bij af zijn, met alle kosten en vertraging van dien. Dat een controlemechanisme geen overbodige luxe zou zijn, bevestigt HR 13 december 2019.³⁷ Volgens de tekst onder een door het hof gewezen tussenarrest zou dat arrest zijn 'gewezen' op de datum waarop het pleidooi heeft plaatsgevonden, terwijl het pas twee maanden daarna in het openbaar is uitgesproken. Een van de raadsheren die het tussenarrest mede heeft gewezen, blijkt in de tussentijd te zijn gedefungeerd. Het later volgende eindarrest is gewezen in een deels andere samenstelling. In cassatie komt de vraag aan de orde of het tussenarrest inderdaad is gewezen op de daarin vermelde datum van het pleidooi. In eerdere rechtspraak³⁸ – die overigens dateert van na de datum van het bewuste tussenarrest – heeft de Hoge Raad beslist dat een vonnis, beschikking of arrest is 'gewezen' wanneer alle rechters die over de zaak oordelen, de volledige tekst daarvan hebben vastgesteld.³⁹ Een vonnis, beschikking of arrest kan niet worden uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd, als na het defungeren nog wijzigingen worden aangebracht. Dat geldt ook voor wijzigingen van ondergeschikte aard, tenzij het daarbij gaat om verbetering van een kennelijke fout als bedoeld in artikel 31 Rv.⁴⁰ Volgens de Hoge Raad kan er in de onderhavige zaak gerede twijfel over bestaan of de tekst van het tussenarrest op de dag van het pleidooi volledig is vastgesteld, aangezien het pleidooi op diezelfde middag had plaatsgevonden en het

tussenarrest dateert van voor de hiervoor genoemde rechtspraak waarin de Hoge Raad de precieze betekenis van 'wijzen' heeft vastgesteld. Uit navraag door de Hoge Raad bij het hof blijkt vervolgens dat de tekst van het tussenarrest niet volledig is vastgesteld op de dag van het pleidooi, maar op een latere datum, waarop de desbetreffende raadsheer al was gedefungeerd. Dat betekent dat het tussenarrest nietig is omdat het niet is gewezen door het wettelijk vereiste aantal raadsheren. Omdat het eindarrest op het tussenarrest voortbouwt, wordt ook het eindarrest vernietigd. De Hoge Raad beslist ten overvloede nog wel op een in cassatie aangevoerde rechtsklacht, maar of dat de pijn voor partijen verzacht, is de vraag: tussen het tussenarrest en de uitspraak van de Hoge Raad is 3,5 jaar verstreken...

Het recht van partijen hun standpunten mondeling ten overstaan van de rechter uiteen te zetten, is een fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht. Om te waarborgen dat hetgeen op de zitting aan de orde is geweest, daadwerkelijk wordt meegewogen bij de beslissing, behoort een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, in beginsel te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad in diverse uitspraken de voorwaarden geformuleerd waaronder van deze regel kan worden afgeweken, zowel in de situatie waarin na de mondelinge behandeling een rechterswisseling plaatsvindt, als in de situatie waarin in een meervoudige zaak een mondelinge behandeling wordt gehouden ten overstaan van één rechter of raadsheer-commissaris. Omdat het hier gaat om een fundamenteel processueel recht, kan afwijking alleen met goedvinden van partijen, waarvan bovendien ondubbelzinnig moet blijken. Dit betekent dat partijen op de hoogte moeten (kunnen) zijn van de rechterswisseling of van het feit dat een mondelinge behandeling voor één rechter plaatsvindt in plaats voor alle drie de rechters die over de zaak beslissen.

In HR 20 maart 2020⁴¹ zijn de regels die gelden bij een rechterswisseling na een mondelinge behandeling weer verder gepreciseerd, waarbij de Hoge Raad deels van eerdere rechtspraak terugkomt. De procedure bij het hof is niet bepaald reclame voor de organisatie van de rechtspraak. In cassatie wordt geklaagd dat alle raadsheren tijdens de procedure in hoger beroep zijn gewisseld, dat elk (tussen)arrest in een andere samenstelling is gewezen, dat geen van de raadsheren ten overstaan van wie het pleidooi is gehouden, het eindarrest heeft meegewezen, en dat bovendien ook de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren hebben plaatsgevonden, het eindarrest niet heeft meegewezen. Dat niet al deze klachten volgens de Hoge Raad terecht zijn voorgesteld, laat onverlet dat zoveel rechterswisselingen onwenselijk zijn en afbreuk kunnen doen aan het vertrouwen in de rechtspraak. De klacht dat de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren hebben plaatsgevonden, het eindarrest niet mede heeft gewezen, stuit af op een redelijke wetsuitleg van artikel 155 Rv. Volgens de Hoge Raad verlangt dat artikel dat de rechter ten overstaan van wie de bewijslevering heeft plaatsgevonden, zoveel als mogelijk de uitspraak

In cassatie wordt geklaagd dat alle raadsheren tijdens de procedure in hoger beroep zijn gewisseld, dat elk (tussen)arrest in een andere samenstelling is geweest en dat geen van de raadsheren ten overstaan van wie het pleidooi is gehouden, het eindarrest heeft meegewezen

(mee)wijst waarin de waardering van het bewijs plaatsvindt. Dat kan, zoals in dit geval, ook een eerdere uitspraak dan de einduitspraak zijn. De Hoge Raad ziet wel aanleiding om deels terug te komen op de in HR 15 april 2016⁴² gegeven regels voor een rechterswisseling na een mondelinge behandeling. Daarin is beslist dat de verplichting voor het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, en dat het na een uitspraak daarom aan partijen is om in dit verband initiatieven te ontplooiën. Omdat dit systeem in de praktijk voor procespartijen niet goed werkbaar is, luidt de nieuwe regeling als volgt:

- i) Als na de mondelinge behandeling een of meer rechters ten overstaan van wie de behandeling heeft plaatsgevonden, worden vervangen, moet het gerecht dit vóór de eerstvolgende uitspraak onder opgave van redenen meedelen aan partijen. Dit geldt voor elke uitspraak waarin een rechter ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, wordt vervangen, ook als die vervanging pas plaatsvindt na een op de mondelinge behandeling gevolgde tussenuitspraak. Het is dus niet langer aan partijen om navraag bij het gerecht te doen over een mogelijke rechterswisseling.
- ii) Na de mededeling van het gerecht dat een rechter is vervangen, kunnen partijen in beginsel binnen twee weken om een nadere mondelinge behandeling verzoeken. Een dergelijk verzoek kan slechts worden afgewezen in het belang van een voortvarende procesvoering en mits er een proces-verbaal van de eerdere zitting is opgemaakt en aan partijen is verstrekt.⁴³
- iii) Wordt na een rechterswisseling uitspraak gedaan zonder dat partijen voor de uitspraak over de rechterswisseling zijn ingelicht, dan is de uitspraak in beginsel reeds op die grond aantastbaar. Gelet op dit ingrijpende gevolg geldt in geval van een tussenuitspraak dat

partijen binnen twee weken na de tussenuitspraak waarin van de rechterswisseling voor het eerst is gebleken, alsnog kunnen verzoeken om een nadere mondelinge behandeling. Op dit verzoek moet worden beslist overeenkomstig de daarvoor in HR 31 oktober 2014 en HR 15 april 2016 gegeven regels.

- iv) De rechter ten overstaan van wie een nadere mondelinge behandeling plaatsvindt, en die een nieuwe uitspraak zal doen, is niet gebonden aan de beslissingen die in de direct voorafgaande tussenuitspraak zijn gegeven.
- v) Wordt niet tijdig verzocht om een nieuwe mondelinge behandeling, dan worden partijen geacht afstand te hebben gedaan van hun recht op een nadere mondelinge behandeling naar aanleiding van de rechterswisseling.

Omdat de rechtspraak nog geen rekening heeft kunnen houden met deze nieuwe regels, gelden deze pas als in een procedure een mondelinge behandeling plaatsvindt na de datum van dit arrest van de Hoge Raad, en vervolgens sprake is van een rechterswisseling. Oplettendheid blijft dus geboden.

De regels voor een rechterswisseling na mondelinge behandeling hebben geen betrekking op de comparitie na aanbrengen in hoger beroep, ook niet wanneer partijen die zitting mede hebben benut om hun stellingen toe te lichten, zo volgt uit HR 17 april 2020.⁴⁴ Deze comparitie na aanbrengen heeft een eigen doel en karakter, en strekt met name ertoe om, nog voor de schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten, de mogelijkheid van een schikking te beproeven of afspraken over het procesverloop te maken. Partijen krijgen na de comparitie de gelegenheid om bij memorie van grieven en memorie van antwoord hun standpunten toe te lichten en kunnen daarna nog om een mondelinge behandeling verzoeken. Als partijen dus op de comparitie na aanbrengen ook een toelichting geven op hun standpunten, hoeft de raadsheer ten overstaan van wie de comparitie plaatsvond, niet het (eind) arrest mede te wijzen.

34. Raad van State, *Jaarverslag 2019*, te raadplegen via <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2019/#> en De Rechtspraak, *‘Stop met het verdacht maken van de rechter’*, 9 januari 2020.

35. Besluitenlijsten procedurevergadering vaste commissie voor Binnenlandse Zaken, 14 november (p. 17) en 28 november 2019 (p. 8), te vinden via www.tweedekamer.nl/kamerstukken/besluitenlijsten.

36. Kroniek in *NJB* 2018/1869, afl. 35, p. 2628-2629.

37. ECLI:NL:HR:2019:1940, *RvdW* 2020/86 (Valerbosch/X); vervolg van HR 20 september 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1408, *NJ* 2019/368.

38. HR 18 november 2016,

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

(Meavita).

39. Zie over de wenselijkheid van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium: S.

Boersen & M. Herweijer, ‘Voor het zingen de kerk uit? Over de uitspraak van de gede-fundeerde rechter’, *NJB* 2020/1317, afl. 21, p. 1518-1523.

40. HR 13 april 2018,

ECLI:NL:HR:2018:604, *NJ* 2019/108, m.nt. H.B. Krans (Cadenza/Fairstar).

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

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

43. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, *NJ* 2015/181, r.o. 3.4.4; en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, *NJ* 2019/144, r.o. 3.8.

44. ECLI:NL:HR:2020:726, *RvdW* 2020/545.

In de zaak die leidt tot HR 17 april 2020⁴⁵ heeft het hof in strijd met de in HR 22 december 2017⁴⁶ gegeven regels verzuimd om aan partijen mededeling te doen van het feit dat de zaak ter comparitie enkelvoudig zou worden behandeld, terwijl de comparitie mede is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten. De comparitie had daarom in beginsel moeten plaatsvinden ten overstaan van de drie raadsheren die de beslissing zouden nemen. Het gevolg is dat de beschikking van het hof moet worden vernietigd. In dit geval voor partijen extra pijnlijk, omdat het een alimentatiezaak betreft die in 2014 al een keer bij de Hoge Raad heeft gediend.

In HR 17 juli 2020⁴⁷ is de vraag aan de orde of het in strijd is met fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging als een beschikking wordt gegeven in een combinatie bestaande uit twee raadsheer-plaatsvervangers en slechts één vaste raadsheer. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. De wet stelt geen beperkingen aan het aantal rechter-plaatsvervangers in de bezetting van een meervoudige kamer. Hoewel het inzetten van meer dan één rechter-plaatsvervangers in een meervoudige kamer volgens de professionele standaarden en het kwaliteitszorgsysteem van de rechtspraak onwenselijk wordt geacht, kan dit niet afdoen aan de wettelijke bevoegdheid van het bestuur van het gerecht om meer dan één rechter-plaatsvervanger in een meervoudige kamer op te roepen. Daarbij speelt een rol dat de keuze voor het aantal rechter-plaatsvervangers dat op een zaak wordt ingezet, kan worden bepaald door de ervaring en achtergrond van de desbetreffende rechter-plaatsvervangers.

De advocaat die voor een pleidooi op grond van het procesreglement verlenging van spreektijd vraagt, wordt geacht zelf erop te letten dat hij op dat verzoek tijdig een beslissing krijgt. Blijft een beslissing uit, dan is het aan de

Daarmee is definitief een einde gekomen aan de in 2014 gestarte pilot met een externe wrakingskamer

advocaat om het gerecht daarop te attenderen en om aan te dringen op een beslissing, aldus HR 6 december 2019.⁴⁸

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Per 1 januari 2020 zijn de Gerechtshoven Amsterdam en Den Haag gestopt met het behandelen van elkaars wrakingszaken.⁴⁹ Daarmee is definitief een einde gekomen aan de in 2014 gestarte pilot met een externe wrakingskamer. Uit de evaluatie van de pilot was eind 2017 al gebleken dat de behandeling van wrakingszaken door een externe wrakingskamer weinig invloed had op het vertrouwen van betrokkenen partijen in de rechtsgang, terwijl die behandeling wel logistiek complex bleek, en dus meer tijd en geld kostte.⁵⁰ Om de doorlooptijden te bevor-

deren, wordt de pilot nu gestaakt. Het blijft overigens wel mogelijk om een wrakingszaak door een ander hof te laten afhandelen.

Een rechter kan op verzoek van een partij worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden (artikel 36 Rv). Een wrakingsverzoek schorst de behandeling van de hoofdzaak (artikel 37 lid 5 Rv). Gelet op het belang van de wrakende procespartij dat geen beslissing wordt genomen door een rechter wiens onpartijdigheid ter discussie staat, wordt de behandeling aangehouden totdat op het wrakingsverzoek is beslist. Uit HR 1 november 2019⁵¹ volgt dat de eisen van een goede procesorde desondanks kunnen meebrengen dat de rechter tegen wie een wrakingsverzoek is ingediend, in de zaak handelingen verricht of beslissingen neemt die geen uitstel dulden en ten aanzien waarvan de beslissing op het wrakingsverzoek niet kan worden afgewacht. Van die mogelijkheid mag alleen bij uiterste nood gebruik worden gemaakt. Bovendien moet de rechter in de uitspraak motiveren waarom de beslissing op het wrakingsverzoek niet kan worden afgewacht. Aan die voorwaarden is in dit geval volgens de Hoge Raad niet voldaan. Ook heeft de rechter, door te beslissen op het verzoek van de officier van justitie om machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling op grond van de Wet Bopz, terwijl de mondelinge behandeling door het wrakingsverzoek was geschorst, het beginsel van hoor en wederhoor geschonden.

Het is vaste rechtspraak dat een rechterlijke beslissing als zodanig geen grond kan vormen voor wraking.⁵² Dat geldt zowel voor beslissingen in de hoofdzaak als voor daarmee verband houdende beslissingen van andere aard. Een wrakingsverzoek kan daarom niet met succes worden gedaan op de grond dat een door de rechter nog te nemen beslissing een bepaalde inhoud heeft. In HR 31 januari 2020⁵³ brengt dit mee dat de afwijzing door het hof van het verzoek om de zaak naar een ander hof te verwijzen geen grond voor wraking kan zijn, ook niet voorwaardelijk. Dit betekent echter niet dat het wrakingsverzoek niet voorwaardelijk kan worden gedaan, voor het geval het hof afwijzend zou beslissen op het verwijzingsverzoek. Voorwaarde is dan wel dat het wrakingsverzoek zelf op een andere grond berust dan op de inhoud van de nog te nemen beslissing op het verwijzingsverzoek. Dat is hier het geval, omdat zowel het verwijzingsverzoek als het wrakingsverzoek erop zijn gebaseerd dat de handelende raadsheren niet meer onpartijdig zouden zijn omdat zij al in eerdere procedures waren betrokken. Door de afwijzing van het verwijzingsverzoek was de voorwaarde voor behandeling van het wrakingsverzoek vervuld, en was de behandeling van de hoofdzaak op grond van artikel 37 lid 5 Rv geschorst. Het hof had dus niet mogen beslissen op de hoofdzaak, maar had het wrakingsverzoek aan de wrakingskamer moeten doorsturen. Als een wrakingsverzoek ten onrechte niet is ondertekend door een advocaat, moet gelegenheid worden geboden voor herstel van dit verzuim (zie artikel 362 en 281 Rv).⁵⁴

Hoor en wederhoor

Het beginsel van hoor en wederhoor, vastgelegd in artikel 19 Rv, brengt mee dat de rechter zijn beslissing niet mag baseren op stukken of andere gegevens waarvan een par-

tij geen kennis heeft kunnen nemen of waarover een partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten. Het beginsel van hoor en wederhoor ziet mede op gedingstukken die de rechter ambtshalve heeft geraadpleegd of hem ambtshalve ter kennis zijn gekomen. Schending van het beginsel van hoor en wederhoor leidt in de rechtspraak van de Hoge Raad standaard tot vernietiging, zo ook dit jaar weer een aantal keer.

In HR 6 december 2019⁵⁵ heeft het hof in strijd gehandeld met hoor en wederhoor door geïntimeerden (de franchisenemers) op het verkeerde been te zetten. Het hof heeft tot twee keer toe geoordeeld dat de vorderingen van de franchisenemers op de inmiddels failliet verklaarde appellant onder het bereik vielen van artikel 29 Fw, zodat de procedure van rechtswege was geschorst en geen proceshandelingen konden worden verricht. De franchisenemers hebben in hun memorie van antwoord dan ook niet gereageerd op de grieven van de failliet met betrekking tot die vorderingen. Achteraf heeft het hof echter geoordeeld dat de vorderingen onder het bereik vielen van artikel 28 Fw, en heeft het hof op de grieven beslist zonder dat de franchisenemers alsnog gelegenheid hebben gehad op de grieven te antwoorden. Volgens de Hoge Raad kon van de franchisenemers niet worden verlangd dat zij uit eigen beweging in hun memorie van antwoord zouden ingaan op de grieven die betrekking hadden op de vorderingen ten aanzien waarvan de procedure op grond van artikel 29 Fw was geschorst, maar waarvan het hof achteraf oordeelde dat deze onder het bereik van artikel 28 Fw, en niet onder dat van artikel 29 Fw vielen.

In de schuldsaneringszaak die leidt tot HR 13 december 2019⁵⁶ heeft de rechtbank in strijd met hoor en wederhoor (uit eigen onderzoek verkregen) gegevens over de schuldenlast in andere zaken aan haar beslissing ten grondslag gelegd zonder de saniet de gelegenheid te geven van die gegevens kennis te nemen en daarop desgevenst te reageren.

In HR 24 april 2020⁵⁷ gaat het hof de fout in door zijn oordeel mede te baseren op een productie waarop in de processtukken geen toelichting is gegeven en waarvan de relevantie zonder nadere toelichting niet duidelijk is, terwijl de wederpartij ter zitting bezwaar heeft gemaakt tegen een inhoudelijke bespreking en heeft aangegeven niet ter plekke op die productie te kunnen reageren. Het hof had ofwel de productie buiten beschouwing moeten laten, ofwel de wederpartij in de gelegenheid moeten stellen om zich (schriftelijk) nader uit te laten over de productie en de daarop ter zitting gegeven toelichting. Door

dat na te laten, heeft het hof gehandeld in strijd met hoor en wederhoor.

Procederen in eerste aanleg

In de vorige kroniek maakten wij melding van het door de Hoge Raad geschetste kader voor de verhouding tussen de hoofd- en schadestaatprocedure. De regel is helder: de rechter in de hoofdprocedure bepaalt de grondslag voor aansprakelijkheid en de rechter in de schadestaatprocedure is daaraan gebonden.⁵⁸ Toch leidt dat in de praktijk nog wel eens tot problemen, zo blijkt uit HR 19 juni 2020.⁵⁹ Een leverancier in koeldeksystemen levert systemen die niet goed functioneren en ook niet voor de betreffende bedrijfssituatie geschikt zijn. In de hoofdprocedure wordt vastgesteld dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van verplichtingen uit de overeenkomst. Wanneer de schade in de schadestaatprocedure

Met deze uitspraak is wederom bevestigd dat de speelruimte in de schadestaatprocedure begrensd is

moet worden begroot, gaat het hof de mist in. Het hof overweegt dat er bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening moet worden gehouden met het door de wederpartij genoten voordeel. Dat oordeel is gebaseerd op het uitgangspunt dat de tekortkoming erin zou hebben bestaan dat de leverancier niet heeft gewaarschuwd dat de koeldeksystemen voor de bedrijfssituatie ongeschikt waren. De grondslag voor aansprakelijkheid was echter een andere, namelijk dat de leverancier is tekortgeschoten in zijn verplichting om geschikte, goed functionerende koeldeksystemen te leveren. Daarmee berust het oordeel in de schadestaatprocedure op een onbegrijpelijke uitleg van de arresten in de hoofdprocedure. Met deze uitspraak is wederom bevestigd dat de speelruimte in de schadestaatprocedure begrensd is.

Zeer recent laat de Hoge Raad zich ook uit over gezag van gewijsde bij opeenvolgende schadestaatprocedures.⁶⁰ In cassatie wordt betoogd dat opeenvolgende schadestaatprocedures voor de toepassing van artikel 236 Rv als één

45. ECLI:NL:HR:2020:752, RvdW 2020/558.

46. ECLI:NL:HR:2017:3259, RvdW 2018/86 en ECLI:NL:HR:2017:3264, NJ 2019/145, m.nt. W.D.H. Asser onder NJ 2019/147.

47. ECLI:NL:HR:2020:1312 (*werkneemster/ New Hairstyle*).

48. ECLI:NL:HR:2019:1908, RvdW 2020/3 (*Orde van Registeradviseurs Nederland/ Staat*).

49. www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Hoven-stoppen-per-1-1-2020-met-externe-wrakingskamers.aspx.

50. Zie hierover de kroniek in NJB 2018/1869, afl. 35, p. 2630.

51. ECLI:NL:HR:2019:1691, NJ 2020/198 (*X/officier van justitie*), m.nt. J. Legemaate.

52. Zie in strafrechtelijke context: HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1413,

NJ 2019/428, m.nt. T. Kooijmans; en ECLI:NL:HR:2018:1770, NJ 2019/429, m.nt. T. Kooijmans, waarover ook deze kroniek in NJB 2018/1869, afl. 35, p. 2630. 53. ECLI:NL:HR:2020:155, NJ 2020/62 (*X/Stichting Enver*).

54. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3633, NJ 2016/35, zie ook deze kroniek in NJB 2016/1814, afl. 35, p. 2549-2550.

55. ECLI:NL:HR:2019:1917, RvdW 2020/5

(*eisers/verweerders en mr. Brouns qq*).

56. ECLI:NL:HR:2019:1948, NJ 2020/108.

57. ECLI:NL:HR:2020:802, RvdW 2020/586 (*Gemeente Nijmegen/Evergreen GGZ*).

58. HR 19 oktober 2018, ECLI:HR:2018:1975, RvdW 2018/1165.

59. ECLI:NL:HR:2020:1083, RvdW 2020/785 (*X/R&R Systems*).

60. HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1412.

geding gelden. Daar gaat de Hoge Raad niet in mee. Een schadestaatprocedure moet ten opzichte van een eerdere schadestaatprocedure tussen dezelfde partijen worden beschouwd als 'een ander geding' in de zin van artikel 236 Rv. Om die reden komt aan een in kracht van gewijsde gegaan vonnis in een schadestaatprocedure gezag van gewijsde toe in een volgende schadestaatprocedure tussen dezelfde partijen.

Partijen en gezag van gewijsde staan ook centraal in een zaak die leidt tot HR 24 april 2020.⁶¹ In deze zoveelste uitloper van de Dexia-kwestie beroept de vrouw zich op vernietiging van de lease-overeenkomst op grond van artikel 1:88 jo 1:89 BW. Na een tijdige opt-out verklaring start de man een procedure tegen Dexia. Dit resulteert uiteindelijk in prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een van die vragen heeft betrekking op gezag van gewijsde jegens de niet-procederende echtgenoot. De Hoge Raad geeft duidelijkheid. Allereerst stelt de Hoge Raad vast dat een onherroepelijke beslissing over het beroep op artikel 1:89 lid 1 BW in een procedure waarin slechts één echtgenoot als procespartij is opgetreden, niet op de voet van artikel 236 Rv gezag van gewijsde heeft jegens de echtgenoot die niet als procespartij in die procedure betrokken is geweest. De Hoge Raad meent echter ook dat hiermee niet voor alle gevallen helderheid bestaat of een beroep op artikel 1:89 BW lid 1 opnieuw aan de orde kan worden gesteld. Wanneer de niet-handelende echtgenoot geen partij was in de eerdere procedure, kan de wederpartij zich niet beroepen op het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak. Een andere conclusie zou niet stroken met de onafhankelijke rechtspositie van de niet-handelende rechtspersoon. Omgekeerd ligt het genuanceerder. De strekking van artikel 1:88 BW en 1:89 BW brengt mee dat met een onherroepelijke beslissing over het beroep op vernietiging in een procedure tussen de niet-handelende echtgenoot en de wederpartij, ook tussen de handelende echtgenoot en de wederpartij vaststaat of de vernietiging rechtsgeldig was. De bevoegdheid tot vernietiging komt immers toe aan de niet-handelende echtgenoot. Als in een procedure met de niet-handelende echtgenoot is vastgesteld dat die bevoegdheid met succes is uitgeoefend, staat dat ook tussen de wederpartij en de handelende echtgenoot vast. Het arrest oogt ten dele wat tegenstrijdig, maar de uitkomst ligt wat ons betreft voor de hand en lijkt ook vanwege procesefficiëntie wenselijk.

Een procesefficiënte uitkomst was ook het streven in de zaak die leidt tot HR 3 april 2020.⁶² al heeft het uiteindelijk wel vijf jaar geduurd voordat partijen duidelijkheid hadden. Uit de eisen van een goede procesorde vloeit voort dat een partij in de loop van de procedure niet door een eisenwijziging of op een andere wijze in een andere hoedanigheid kan gaan optreden dan die waarin zij haar vordering bij aanvang van de procedure heeft ingesteld. In deze zaak wordt duidelijk dat het hier alleen gaat om een uitgangspunt. Onder omstandigheden is er ruimte voor uitzonderingen. De situatie is als volgt. Een stichting stelt als vertegenwoordiger van gedupeerden een vordering in en wijzigt vervolgens haar eis aldus dat zij een vordering instelt op de voet van artikel 3:305a BW. Die eisenwijziging betekent een wijziging van de hoedanigheid waarin de stichting in het geding optreedt. De Hoge Raad somt drie

De zaak die leidt tot HR 20 maart 2020 illustreert de complexiteit van het procederen tegen een vof

bijzondere omstandigheden op: (i) de stichting heeft in een heel vroeg stadium haar eis gewijzigd, nog voordat voor antwoord is geconcludeerd en voor de regiezitting, (ii) de wederpartij, Trafigura, hield blijkens een eerdere brief rekening met de mogelijkheid dat de stichting beoogde ook in de hoedanigheid van claimstichting in de zin van artikel 3:305a (oud) BW een vordering in te stellen, en (iii) Trafigura is niet in haar processuele belangen geschaad. Gelet op deze bijzondere omstandigheden ziet de Hoge Raad de wijziging van partijhoedanigheid door de vingers.

De zaak die leidt tot HR 20 maart 2020⁶³ illustreert de complexiteit van het procederen tegen een vof. Een reconventionele vordering kan alleen worden ingesteld tegen een processuele wederpartij, tot zover niets nieuws. Dat betekent dus ook, zo volgt uit deze zaak, dat als de processuele wederpartij een vof is, de reconventionele vordering alleen tegen de vof kan worden ingesteld en niet ook tegen de afzonderlijke vennoten. Dat dit onder omstandigheden tot onwenselijke situaties leidt, ziet ook de Hoge Raad. Ten overvloede merkt de Hoge Raad dan ook op dat de rechter op verzoek of ambtshalve de gelegenheid kan bieden de vennoten op de voet van artikel 118 Rv in het geding te betrekken. Dit zou mogelijk kunnen zijn als de vorderingen in conventie en reconventie samenhangen en de proceseconomie gediend is met afdoening van die vorderingen in dezelfde procedure. Die oproeping kan ook voor het eerst in hoger beroep gebeuren, mits de reconventionele vordering in eerste aanleg was ingesteld en zolang bij die afweging wordt betrokken dat de op te roepen vennoten een instantie mislopen. Aldus lijkt 118 Rv een ruimere toepassing te krijgen dan wij in de praktijk vaak zien.

Kort geding

De Hoge Raad heeft zich in deze kroniekperiode ook gebogen over algemene procesrechtelijke beginselen die spelen bij kort geding, in het bijzonder de afstemmingsregel. In de zaak die leidt tot HR 24 april 2020⁶⁴ ligt de vraag voor of de rechter in kort geding de afstemmingsregel heeft geschonden als zijn oordeel is afgestemd op de ten tijde van het wijzen van zijn uitspraak meest recente uitspraak in de bodemprocedure, maar laatstgenoemde uitspraak na de uitspraak in het kort geding door de Hoge Raad is vernietigd. De uitkomst is niet verrassend, maar de les die eraan vooraf gaat is nuttig. De Hoge Raad doceert: de rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de civiele bodemrechter een uitspraak in de hoofdzaak heeft gedaan, dient in beginsel zijn uitspraak af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenuitspraak of in een

einduitspraak, in de overwegingen of in het dictum van de uitspraak, en ongeacht of de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Onder omstandigheden kan er plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op dit uitgangspunt. Dit kan het geval zijn als de uitspraak van de civiele bodemrechter op een evidente misslag berust, of als sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter, ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen. De conclusie in deze zaak is daarmee ook duidelijk. Het hof heeft zijn oordeel terecht afgestemd op de ten tijde van het wijzen van zijn arrest meest recente uitspraak in de bodemprocedure. Een andere uitkomst zou ook moeilijk denkbaar zijn geweest.

Dat de afstemmingsregel niet altijd uitkomst biedt, blijkt uit HR 3 april 2020.⁶⁵ De Hoge Raad bevestigt dat de afstemmingsregel geen toepassing vindt indien de gevraagde voorziening strekt tot opheffing van een conservatoire maatregel of tot een verbod tot het treffen van een dergelijke maatregel, en de uitspraak van de bodemrechter over de vordering ter verzekering waarvan de conservatoire maatregel strekt, nog geen kracht van gewijsde heeft gekregen. In dat geval moet er een belangenafweging plaatsvinden, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat een conservatoir beslag naar zijn aard ertoe strekt om te waarborgen dat voor een vooralsnog niet-vaststaande vordering verhaal mogelijk zal zijn als de vordering in de hoofdzaak wordt toegewezen, terwijl de beslaglegger bij (definitieve) afwijzing van de vordering in de hoofdzaak aansprakelijk is voor de door het beslag ontstane schade. De omstandigheid dat de rechter in de hoofdzaak reeds uitspraak heeft gedaan, moet hierbij worden betrokken.⁶⁶ Aangezien het hof in het arrest geen blijk geeft van deze belangenafweging, moet die afweging na verwijzing alsnog plaatsvinden.

Incidenten

Een incident tot voeging in cassatie op de voet van artikel 217 Rv is aan de orde in twee arresten van 15 november 2019.⁶⁷ Voor het aannemen van een belang bij voeging is

volgens vaste rechtspraak voldoende dat de partij die voeging vordert, nadelige gevolgen kan ondervinden van een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan de zijde van wie zij zich voegt.⁶⁸ In de twee voorliggende kwesties staat de Hoge Raad voeging toe. Interessant daarbij is dat het feit dat een partij zelf een rechtsmiddel (in dit geval cassatie) had kunnen aanwenden tegen een uitspraak, niet uitsluit dat die partij zich in de volgende instantie uitsluitend voegt aan de zijde van de 'hoofdp partij' wier standpunt zij wenst te ondersteunen door aanvoering van nadere argumenten. Wel is denkbaar dat een vordering tot voeging wordt afgewezen wegens strijd met de eisen van de goede procesorde of wegens misbruik van procesrecht.

Dit jaar heeft de Hoge Raad zich ook weer gebogen over incidentele vorderingen tot zekerheidstelling. In de zaak die leidt tot HR 18 oktober 2019⁶⁹ gaat het om het verbinden van zekerheid aan de uitvoerbaarheid bij voorraad van een in vorige instantie gegeven beslissing (artikel 235 Rv). Na een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling tot betaling van een geldsom in hoger beroep, wordt in cassatie zekerheidstelling gevorderd. De Hoge Raad stelt voorop dat voor de vordering als bedoeld in artikel 235 Rv dezelfde maatstaven gelden als die zijn geformuleerd in HR 20 maart 2015⁷⁰ voor de vordering om een beslissing die in vorige instantie is gegeven, alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.⁷¹ De belangenafweging in het kader van een vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad is echter een andere dan die in het kader van het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Dat brengt mee dat op een vordering als bedoeld in artikel 235 Rv moet worden beslist met inachtneming van voornoemde maatstaven, ook indien in vorige instantie wel gemotiveerd is beslist op de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, maar geen gemotiveerde beslissing is gegeven over het verbinden van een voorwaarde van zekerheidsstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Bij de belangenafweging zullen mede de gevolgen moeten worden betrokken die de voorwaarde van zekerheidstelling heeft voor degene die de veroordeling verkreeg.⁷² Dit alles

De belangenafweging in het kader van een vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad is echter een andere dan die in het kader van het verbinden van de voorwaarde van zekerheidstelling aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad

61. ECLI:NL:HR:2020:810, RvdW 2020/582 (*Leaseproces/Dexia Nederland*).

62. ECLI:NL:HR:2020:587, RvdW 2020/491 (*Stichting Union des victimes de déchets toxiques d'Abidjan et banlieue/Trafigura*).

63. ECLI:NL:HR:2020:485, NJ 2020/123 (vof c.s./X).

64. ECLI:NL:HR:2020:806, RvdW

2020/578 (*Dingenis Meulenbergh qq/X*).

65. ECLI:NL:HR:2020:599, NJ 2020/151 (*Econocom Nederland/Intralot*).

66. Vgl. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074 (*Nidera*), r.o. 3.8; en HR 30 juni 2006,

ECLI:NL:HR:2006:AV1559, r.o. 3.4-3.6.

67. ECLI:NL:HR:2019:1787, NJ 2019/451 (*NJSC Naftogaz/Omni Bridgeway en*

Trameta) en ECLI:NL:HR:2020:788, NJ 2020/450 (*Zorginstituut Nederland/Staat en Biogen Idec*).

68. Zie ook HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:306, NJ 2017/125.

69. ECLI:NL:HR:2019:1607, NJ 2019/411 (*International Strategies Group/Natwest Markets*).

70. ECLI:NL:HR:2015:688, NJ 2015/158.

71. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1115, r.o. 3.3.2 en HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:61, r.o. 3.2.2.

72. HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607, r.o. 3.2.2. Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.3.7.

leidt er in de onderhavige zaak toe dat dat de vordering tot zekerheidstelling toewijsbaar is.

Zekerheidstelling is ook aan de orde in HR 11 oktober 2019.⁷³ Dit keer gaat het om zekerheidstelling voor de proceskosten op grond van artikel 224 Rv, dat bepaalt dat een partij zonder woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland die bij de Nederlandse rechter een vordering instelt of zich voegt of tussenkومت, verplicht is om op vordering van de wederpartij zekerheid te stellen voor de proceskosten waarin hij veroordeeld zou kunnen worden. De Hoge Raad besliste vorig jaar al dat artikel 224 Rv ook van toepassing is in de verzetprocedure van artikel 10 Fw.⁷⁴ In de onderhavige zaak gaat het om artikel 69 Fw. De Hoge Raad grijpt de gelegenheid aan om de regel duidelijk te stellen: gelet op de strekking van artikel 224 Rv, te weten te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde met een oninbare proceskostenveroordeling blijft zitten, moet aangenomen worden dat het artikel van overeenkomstige toepassing is op andere op geschilbeslechting gerichte procedures dan de dagvaardings- of vorderingsprocedure. Artikel 224 Rv is dan ook van overeenkomstige toepassing in een procedure die volgt op een verzoek als bedoeld in artikel 69 Fw.

Tot slot nog kort over vrijwaring. Conform vaste rechtspraak verdient het de voorkeur een hoofdzaak en vrijwaringszaak gelijktijdig af te doen en als dit niet mogelijk is, eerst de hoofdzaak af te doen.⁷⁵ Indien daartoe aanleiding bestaat, kan de rechter ervoor kiezen eerst de vrijwaringszaak te beslissen, maar dat is niet mogelijk als de uitkomst van de vrijwaringszaak afhangt of redelijkerwijs kan afhangen van de beslissing of het debat in de hoofdzaak. Dat deze uitgangspunten niet altijd helder zijn, blijkt uit HR 4 oktober 2019.⁷⁶ In deze zaak is de omvang van een verschuldigde verzekeringsuitkering in de vrijwaringszaak afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre een in de hoofdzaak toe te wijzen schadevergoeding is toe te rekenen aan een aansprakelijkheidsgrond die door de verzekering is gedekt. De Hoge Raad is duidelijk. Bij een dergelijke afhankelijkheid kan de vrijwaringszaak niet eerst worden afgedaan. Het hof heeft dat ten onrechte miskend.

Bewijs

Modernisering bewijsrecht

Na de internetconsultatie in 2018 is op 17 juni 2020 dan eindelijk het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht bij de Tweede Kamer ingediend.⁷⁷ Door aanvulling van de waarheids- en volledigheidsplicht wordt meer nadruk gelegd op de informatievergaring en bewijsverzameling voorafgaand aan de procedure. De voorlopige bewijsverrichtingen (voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht, voorlopige plaatsopneming) worden samengevoegd tot één verzoek, waarin ook het inzagerecht (het huidige artikel 843a Rv) wordt ingebed. Verder wordt het proces-verbaal van constateringen als bewijsmiddel toegevoegd en codificeert het voorstel de mogelijkheid van het leggen van conservatoir bewijsbeslag. Tot slot wordt de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring afgeschaft en wordt voorgesteld om het verschoningsrecht op gelijke voet als echtgenoten en geregistreerde partners aan

'levenspartners' toe te kennen. Hoewel het wetsvoorstel goede elementen heeft en ook verbeteringen bevat ten opzichte van het consultatievoorstel uit 2018, wordt nog steeds een aantal kritische kanttekeningen gemaakt, met name waar het gaat om de invoering van de 'preprocessuele bewijsgaringsplicht'.⁷⁸ Die verplichting, die wordt toegevoegd aan artikel 21 Rv, houdt in dat partijen, 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. Bij schending van deze verplichting kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Van de invoering van de 'preprocessuele bewijsgaringsplicht' wordt blijkens de memorie van toelichting nogal wat verwacht. Zo zouden procedures met het bewijs al op tafel veel efficiënter en sneller kunnen verlopen, of zou een procedure helemaal niet meer nodig zijn, omdat partijen beter in staat zijn om zelf tot

Al met al is de vraag welk probleem met de invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht nu eigenlijk wordt opgelost

een oplossing van hun geschil te komen als zij over en weer beschikken over de relevante bewijsstukken. Deze verwachtingen lijken ons helaas gebaseerd op wensdenken van de wetgever. Wij vrezen dat het tegendeel waar is, en dat procedures juist kostbaarder worden en langer duren, zeker bij commerciële geschillen tussen professionele partijen. De stimulans die van het wetsvoorstel uitgaat om in de voorfase van een geschil alle relevante gegevens te verzamelen en de rechter waar nodig om voorlopige bewijsverrichtingen te verzoeken, zal eerder leiden tot juridisering en escalatie van het geschil. Waar van partijen in de voorfase meer initiatief wordt verwacht, zal bovendien vaker een beroep op de rechter worden gedaan, zeker als dat door de invoering van één verzoek om voorlopige bewijsverrichtingen ook nog eens makkelijker en normaler wordt. Gezien de capaciteitsproblemen bij de rechtspraak, verergerd door de coronacrisis, is de vraag of de rechtspraak in staat zal zijn dergelijke verzoeken binnen bekwame tijd af te handelen zonder dat dat ten koste gaat van de behandeling van andere zaken. Al met al is de vraag welk probleem met de invoering van de preprocesuele bewijsgaringsplicht nu eigenlijk wordt opgelost. In het huidige Rv heeft de rechter voldoende instrumenten om consequenties te verbinden aan de niet-naleving van waarheids- en substantiëringsplichten. Het probleem is dat die instrumenten in de praktijk nog niet ten volle worden benut. Het naar voren halen van bewijsvergaring is hier niet de oplossing. Dat leidt slechts tot

verplaatsing van het probleem, maar dan naar een moment waarop het geschil nog niet duidelijk is omlind, zodat de bewijsgraring waarschijnlijk onnodig ruim is, terwijl in dat stadium tegelijkertijd het risico bestaat dat de relevantie van gegevens nog niet wordt onderkend. De controversiële toevoeging van een tweede lid aan artikel 24 Rv dat de rechter de bevoegdheid gaf om partijen ambtshalve te wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering of verweer aan te vullen, is in het wetsvoorstel gelukkig geschrapt. Het voorgestelde tweede lid bepaalt nu dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer mag bespreken. Hoewel dit al geldend recht betreft, is daarmee beoogd de verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding in de procedure te verduidelijken,⁷⁹ omdat in de praktijk rechters verschillend invulling blijken te geven aan hun actieve rol bij de waarheidsvinding. Of deze toevoeging daarbij nu veel richting geeft, wagen wij echter te betwijfelen.

Dat het voor rechters in de praktijk lang niet altijd duidelijk is hoe ver zij kunnen gaan, blijkt uit twee arresten van 10 januari 2020.⁸⁰ In beide zaken heeft het hof in strijd met artikel 24 Rv de feitelijke grondslag van het verweer aangevuld – het betreft een verjaringsverweer en een verweer gebaseerd op schijn van volmachtverlening – en is daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. De Hoge Raad herhaalt nog maar eens dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.

Getuigenbewijs

HR 12 juni 2020⁸¹ betreft onder andere de vraag in hoeverre op een getuige de verplichting rust om zijn geheugen 'op te frissen' en zich te vergewissen van de juistheid van zijn herinneringen. De zaak speelt zich af in *the slipstream* van de procedures rond de *Chipshol*-zaak, waarin een (inmiddels oud-)rechter in de Rechtbank Den Haag midden jaren negentig zou hebben gebeld met een of meer advocaten. Naar aanleiding van de publiciteit rond deze vermeende telefoongesprekken verscheen begin 2007 in het tijdschrift *Nieuwe Revu* een artikel onder de kop 'De Liegende Rechter'. Dit was voor een oud-medewerkster bij de Rechtbank Den Haag aanleiding om een anonieme brief te sturen naar de journalist die dat

artikel geschreven had. Daarin uitte zij ernstige beschuldigingen van onoorbare belangenverstrengeling en machtsmisbruik door de oud-rechter en een collega-rechter. De identiteit van deze medewerkster is op enig moment bekend geworden. Zij is vervolgens diverse malen als getuige gehoord en heeft daarbij steeds overeenkomstig de inhoud van haar anonieme brief verklaard. De oud-rechter heeft een procedure tegen haar aanhangig gemaakt omdat de medewerkster onrechtmatig zou hebben gehandeld door dertien jaar na de affaire anonieme beschuldigingen in het publieke domein te brengen, en door die beschuldigingen later als getuige onder ede te herhalen. Het hof oordeelt dat de medewerkster onrechtmatig heeft gehandeld, omdat bij de beweringen in de brief de nodige vraagtekens kunnen worden geplaatst en de geuite beschuldigingen bovendien vrijwel iedere feitelijke onderbouwing missen. Om dezelfde reden had de medewerkster de beschuldigingen volgens het hof niet zonder meer mogen herhalen als getuige onder ede, zonder zich eerst (alsnog) te vergewissen van de juistheid daarvan of die herinneringen alsnog te staven met verder bewijs en feiten. Dit laatste oordeel blijft in cassatie niet in stand. Op grond van artikel 165 lid 1 Rv is eenieder die daartoe is opgeroepen, verplicht om getuigenis af te leggen. De getuige dient naar waarheid te verklaren (artikel 177 lid 2 Rv), en de getuigenverklaring moet betrekking hebben op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten (artikel 163 Rv). Tot hetgeen een getuige uit eigen waarneming bekend is, kunnen ook de indrukken behoren die bij de getuige zijn ontstaan naar aanleiding van de gebeurtenissen waarover zijn verklaring gaat. Onder omstandigheden kan van een getuige worden verlangd dat hij zich ter voorbereiding van een door hem af te leggen verklaring op de hoogte stelt van schriftelijke stukken of kennisneemt van andere gegevens die eraan kunnen bijdragen dat hij zijn geheugen opfrist en op een adequate wijze op vragen zal kunnen antwoorden. Het vereiste van artikel 163 Rv dat de verklaring betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten, staat echter eraan in de weg dat hij verplicht wordt ter voorbereiding van de door hem af te leggen verklaring een onderzoek in te stellen naar feiten en omstandigheden die hem niet uit eigen wetenschap bekend zijn. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat van de medewerkster, die verplicht was naar waarheid te verklaren over wat zij zich van bepaalde gebeurtenissen herinnerde, gevergd kon worden bij zichzelf te rade te gaan hoe zeker zij was van haar herinneringen, maar zij was als getuige niet gehouden haar verklaring met nader bewijs te staven of zich eerst nog van de juistheid van haar herinneringen te vergewissen. In dit opzicht bestaat er dus een verschil tus-

73. ECLI:NL:HR:2019:1580, NJ 2019/426 (verzoeker/curatoren).

74. HR 11 januari 2019,

ECLI:NL:HR:2019:36, NJ 2019/51.

75. Vgl. art. 215 Rv. Zie verder HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388, NJ 2017/352 (*Grindacc*), r.o. 3.3.2 en HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270, r.o. 3.5.2.

76. ECLI:NL:HR:2019:1529, RvdW 2019/1017.

77. *Kamerstukken II*, 2019/20, 35498, 2.

78. Zie de reactie van de Nederlandse Orde van Advocaten op www.advocatenorde.nl/nieuws/twijfels-over-invoering-preprocessuele-bewijsgraringsplicht; en ook: S. Boersen, [www.stibbe.com/en/news/2020/august/bill-to-simplify-dutch-law-of-evidence-con-](http://www.stibbe.com/en/news/2020/august/bill-to-simplify-dutch-law-of-evidence-con)

cerns-remain; en R.P.J.L. Tjittes, 'Introductie van "disclosure" in de polder: tijdrovend, kostbaar en mogelijke belemmering toegang rechter', www.linkedin.com/pulse/introductie-van-disclosure-de-polder-tijdrovend-kostbaar-tjittes/?trackingId=aeRnePvMR5ImSe%2Bujksp7w%3D%3D
79. *Kamerstukken II*, 2019/20, 35 498, nr. 3, p. 33-34.

80. ECLI:NL:HR:2020:20, NJ 2020/122 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*erven X/Deutsche Bank*); en ECLI:NL:HR:2020:23, RvdW 2020/139 (*ZAO Trest Koksokhimontazh/X*).

81. ECLI:NL:HR:2020:1046, NJ 2020/248 (*medewerkster/oud-rechter*).

sen hetgeen van de medewerkster als getuige mocht worden verwacht, en hetgeen van haar mocht worden verwacht toen zij eerder de anonieme brief verstuurde.

Bewijslastverdeling en (passeren) bewijsaanbod

Gezien het beslag dat getuigenverhoren leggen op de tijd en capaciteit van de rechterlijke macht, is niet geheel onbegrijpelijk dat soms de neiging bestaat een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs te passeren omdat het verhoor 'waarschijnlijk toch niets oplevert'. Toch is dit volgens vaste rechtspraak niet toegestaan. Het prognoseverbod brengt mee dat de rechter niet op grond van zijn waardering van reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van schriftelijke verklaringen aan een bewijsaanbod mag voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte zou vooruitlopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden. Bovendien mag de rechter niet voorbijgaan aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs omdat het onvoldoende gespecificeerd is. Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs hoeft namelijk niet gespecificeerd te zijn. Dit gaat dit kroniekjaar in twee zaken mis.

In de zaak die leidt tot HR 17 april 2020⁸² bestaat een geschil over de erfgrans tussen twee percelen en een schuur die deels over de erfgrans heen is gebouwd. Eiser vordert afbraak van de schuur voor zover die op zijn perceel staat. Gedaagde (geïntimeerde in hoger beroep) beroept zich op verkrijgende verjaring, omdat de schuur op een strook grond staat die hij al meer dan twintig jaar in bezit heeft. Het hof honoreert het beroep op verkrijgende verjaring en overweegt dat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Bij het passeren van dat bewijsaanbod gaat het hof echter te kort door de bocht. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof dat stellingen over de plaats van de muur van de schuur onvoldoende gemotiveerd zijn betwist, onbegrijpelijk. Voor zover de beslissing van het hof inhoudt dat op grond van het reeds voorhanden bewijsmateriaal de plaats van de muur van de schuur vaststaat, miskent het hof dat het eiser vrijstaat tegenbewijs te leveren voordat een definitieve waardering van de bewijsmiddelen wordt gegeven. Aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs mag niet de eis worden gesteld dat het voldoende gespecificeerd is, zodat ook dat geen grond voor het passeren van het bewijsaanbod kan zijn. Tot slot kan het bewijsaanbod niet gepasseerd worden op de grond dat het bewijs niet tot een ander oordeel kan leiden. Het bewijsaanbod mag immers niet worden gepasseerd op grond van een prognose van het resultaat van (tegen)bewijslevering.

Aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs mag niet de eis worden gesteld dat het voldoende gespecificeerd is, zodat ook dat geen grond voor het passeren van het bewijsaanbod kan zijn

In HR 17 juli 2020⁸³ wordt geklaagd dat het hof een bewijsaanbod heeft gepasseerd op de grond dat de genoemde getuigen niets zouden kunnen verklaren dat ter zake dienend is, zonder dat het hof deze getuigen heeft gehoord. Voor zover die beslissing berust op een waardering van de inhoud van de overgelegde getuigenverklaringen, heeft het hof miskend dat de rechter niet mag vooruitlopen op het resultaat van een getuigenverhoor dat nog moet plaatsvinden.

De klassieke omkeringsregel is aan de orde in HR 10 januari 2020.⁸⁴ Voor toepassing van de omkeringsregel is volgens vaste rechtspraak vereist dat een gedraging heeft plaatsgevonden die in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene 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. Het toepasselijke veiligheidsvoorschrift dat de verwarmingselementen van een soldeermachine zijn afgeschermd tegen brandbare dampen strekt specifiek ertoe bescherming te bieden tegen het gevaar van een interne ontploffing. Dat gevaar heeft zich verwezenlijkt. Bij die stand van zaken had het hof, als er nog onzekerheid bestond over het conditio sine qua non-verband tussen de schending van de norm en de schade, de omkeringsregel moeten toepassen.

HR 10 juli 2020⁸⁵ betreft de bijzondere regel van bewijslastverdeling bij schenking in artikel 7:176 BW: als de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, rust bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd zou zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze regel wijkt dus af van de hoofdregel van artikel 150 Rv en is in de wet opgenomen ter versterking van de positie van de schenker. In de onderhavige zaak gaat het om een vader op leeftijd met gezondheidsklachten die, nadat hij een omvangrijk legaat had ontvangen, zeer aanzienlijke schenkingen heeft gedaan aan een zoon en zijn partner, bij wie hij destijds inwoonde en door wie hij werd verzorgd. Enkele jaren later, nadat hij niet langer bij deze zoon inwoonde, heeft hij een beroep op misbruik van omstandigheden gedaan. Het hof oordeelt dat op grond van de redelijkheid en de billijkheid op de vader de bewijslast rust dat de schenking onder misbruik van omstandigheden heeft plaatsgevonden. Het hof acht de vader na een bewijsopdracht niet in dit bewijs geslaagd. In cassatie wordt geklaagd dat het hof zijn oordeel dat er grond is af te wijken van de hoofdregel van bewijslastverdeling van artikel 7:176 BW onvoldoende heeft gemotiveerd. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond. Onder verwijzing naar HR 24 juni 2016⁸⁶ en de parlementaire geschiedenis oordeelt de Hoge Raad dat de rechter een afwijking van artikel 7:176 BW op grond van de redelijkheid en billijkheid uitdrukkelijk moet verantwoorden. Voor afwijking kan bijvoorbeeld aanleiding zijn als alleen de schenker over bewijsmateriaal beschikt, of als zijn betoog zo onwaarschijnlijk is dat de voorlopige aanvaarding ervan de wederpartij in een onredelijke bewijsposi-

Laten we hopen dat dit in de parlementaire behandeling nog wordt rechtgetrokken en dat de lat voor toewijzing van een inzageverzoek onder de nieuwe wet niet al te laag komt te liggen

tie zou brengen. Van dergelijke omstandigheden is in dit geval geen sprake.

Voor de bewijslastverdeling en de eisen die aan een bewijsaanbod kunnen worden gesteld, bestaat er een relevant onderscheid tussen een gemotiveerd verweer dat neerkomt op de betwisting van een stelling van de wederpartij, en een bevrijdend of zelfstandig verweer. In de zaak die leidt tot HR 17 juli 2020⁸⁷ spreekt een cliënt een advocaat aan vanwege een beroepsfout en vordert schadevergoeding als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht. De advocaat heeft verzuimd een procedure aanhangig te maken waardoor de vordering op de wederpartij is verjaard. De advocaat verweert zich onder andere met de stelling dat die vordering bij een verkregen veroordeling onverhaalbaar zou zijn geweest. Het hof oordeelt dat dit een zelfstandig verweer is, zodat de stelplicht en bewijslast daarvan op de advocaat rusten. De Hoge Raad vernietigt deze beslissing. De vordering tot schadevergoeding van de cliënt is gebaseerd op artikel 6:74 BW. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv moet de cliënt de feiten stellen, en zo nodig bewijzen, waaruit volgt dat de schade het gevolg is van de tekortkoming van de advocaat. Het betoog van de advocaat dat de schade niet op de wederpartij had kunnen worden verhaald, komt erop neer dat de cliënt de gestelde schade ook zonder beroepsfout had geleden. Dit is een betwisting van het causale verband tussen de tekortkoming en de gevorderde schade, en dus niet een zelfstandig verweer. Onjuist is dus dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de verhaalbaarheid van de schade op de advocaat rusten.

Exhibitie

In HR 10 juli 2020⁸⁸ beslist de Hoge Raad dat de maatstaf voor toewijzing van een vordering ex artikel 843a Rv die geldt in geval van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten⁸⁹ of bedrijfsgeheimen⁹⁰ ook buiten die terreinen van toepassing is. Als maatstaf voor de beoordeling van een vordering op de voet van artikel 843a Rv heeft te gelden dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, voldoende aannemelijk moet zijn. Degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt om een door hem vermoede tekortkoming of onrechtmatige daad te kunnen aantonen, zal gemotiveerd zodanige feiten en omstandigheden moeten stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal moeten onderbouwen, dat

voldoende aannemelijk is dat die tekortkoming of onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen. Er hoeft niet te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing van een vordering in kort geding die is gebaseerd op (dreigend) tekortschieten of onrechtmatig handelen. Tegelijkertijd moeten aan de mate van aannemelijkheid van de gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad bij de beoordeling van een inzagevordering wel hogere eisen worden gesteld dan bij de beoordeling van een verzoek tot bewijsbeslag. Opvallend is dat de Hoge Raad hiermee afwijkt van het standpunt in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht. Daarin wordt '[n]aar aanleiding van enkele consultatiereacties opgemerkt dat de partij die om inzage verzoekt, niet eerst voldoende aannemelijk hoeft te maken dat zij een vorderingsrecht heeft, zoals in zaken van intellectuele eigendom (IE-zaken) is vereist' omdat die eis in IE-zaken zou samenhangen met dat specifieke rechtsgebied en artikel 1019a Rv, dat de implementatie vormt van de Handhavingsrichtlijn.⁹¹ De vraag is of de wetgever hier wel de laatste stand van de rechtspraak voor ogen heeft, aangezien het toepassingsbereik van de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf al ruimer was dan enkel IE-zaken. Laten we hopen dat dit in de parlementaire behandeling nog wordt rechtgetrokken en dat de lat voor toewijzing van een inzageverzoek onder de nieuwe wet niet al te laag komt te liggen.

Een vordering tot inzage in bescheiden kan op grond van artikel 843a Rv worden afgewezen als degene van wie de bescheiden worden gevraagd, zich kan beroepen op een functioneel verschoningsrecht (artikel 843a lid 3 Rv) of als er gewichtige redenen zijn om niet aan de vordering te voldoen (artikel 843a lid 4 Rv). In het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht worden deze weigeringsgronden opgenomen in artikel 194 lid 2 Rv. HR 3 april 2020⁹² speelt zich weliswaar niet af in de context van artikel 843a Rv, maar levert desondanks relevante inzichten op over wat kan worden verstaan onder gewichtige redenen. De Ondernemingskamer heeft een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en SNS Bank in de periode tot aan de nationalisatie van SNS Reaal in 2013. Met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht weigert SNS de onderzoekers inzage te geven in informatie die is uitgewisseld met de advocaat of notaris, waaronder informatie die is vervat in notulen van vergaderingen van het bestuur en

82. ECLI:NL:HR:2020:726, RvdW 2020/545; hiervoor ook besproken onder 'Recht op een eerlijk proces'.

83. ECLI:NL:HR:2020:1313, NJ 2020/310.

84. ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45 (Vivat/ATF).

85. ECLI:NL:HR:2020:1240, NJ 2020/294

(vereffenaar-oudste zoon/jongste zoon en partner).

86. ECLI:NL:HR:2016:1272, NJ 2016/401, m.nt. S. Perrick.

87. ECLI:NL:HR:2020:1308 (advocaat/cliënte).

88. ECLI:NL:HR:2020:1251, RvdW

2020/870 (Semtex/X).

89. Zoals vastgesteld in HR 13 november 2015, NJ 2016/491 (AIB/Novisem) en HR 9 december 2016, NJ 2017/22

(Synthon/Astellas).

90. HR 28 september 2018,

ECLI:NL:HR:2018:1775, NJ 2019/70

(Organik/Dow).

91. Kamerstukken II 2019/20, 35498, 3, p. 47.

92. ECLI:NL:HR:2020:600, RvdW 2020/492 (Cremers c.s./SNS).

De rechtspersoon kan zich ook op die vertrouwelijkheid beroepen indien de geheimhouder zich niet op een verschoningsrecht beroept

de raad van commissarissen, en correspondentie met DNB en het Ministerie van Financiën. De Hoge Raad overweegt allereerst dat ook in de context van een enquête het algemeen rechtsbeginsel geldt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot een advocaat of notaris moet kunnen wenden. Hoewel de rechtspersoon zich niet op een afgeleid verschoningsrecht kan beroepen, kan de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon wel een gegronde reden opleveren om geen inzage te geven in stukken die de onderzoekers nodig achten voor het onderzoek. De rechtspersoon kan zich ook op die vertrouwelijkheid beroepen indien de geheimhouder zich niet op een verschoningsrecht beroept. Als de rechtspersoon weigert om informatie aan de onderzoekers te verstrekken, zonder dat de advocaat of notaris zich op zijn verschoningsrecht heeft beroepen, moet de raadsheer-commissaris (op de voet van artikel 2:350 lid 4, 2:352 lid 1 BW) beoordelen of de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een voldoende gewichtige reden oplevert om in zoverre niet te voldoen aan de plicht om mee te werken aan het onderzoek. Ook notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten van de rechtspersoon kunnen informatie bevatten die, gelet op de vertrouwens sfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven.

Rechtsmiddelen

Artikel 31 en 32 Rv

Volgens artikel 23 Rv beslist de rechter over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. Doet de rechter dat niet, dan kunnen partijen op grond van artikel 32 Rv verzoeken om aanvulling van een vonnis, arrest of beschikking. In HR 17 januari 2020⁹³ verzoekt Fair Play c.s. de Hoge Raad om verbetering (artikel 31 Rv) dan wel aanvulling (artikel 32 Rv) van de gelijkkluidende uitspraken in geschillen tussen Fair Play c.s. en de werknemers, waarbij het cassatieberoep van Fair Play c.s. is verworpen. In die uitspraken zijn volgens Fair Play c.s. twee onderdelen van het cassatiemiddel niet (op kenbare wijze) inhoudelijk behandeld. De Hoge Raad wijst het verzoek om herstel of aanvulling af, omdat de verwerping van de onderdelen van het cassatiemiddel 'besloten ligt' in de overwegingen van de uitspraken van de Hoge Raad. Zo evident was dit kennelijk niet, maar partijen zullen het ermee moeten doen. Tegen de weigering van een verzochte verbetering of aanvulling staat immers geen hogere voorziening open (artikel 31 lid 4 en 32 lid 3 Rv).

Termijnen en ontvankelijkheid

Rechtsmiddeltermijnen zijn van openbare orde en moeten door de rechter ambtshalve worden toegepast. Volgens vaste rechtspraak moet aan rechtsmiddeltermijnen strikt de hand worden gehouden. Een uitzondering kan gelden als sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding, bijvoorbeeld als de partij die hoger beroep of cassatie instelt, vanwege een fout of verzuim van het gerecht niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter een uitspraak heeft gedaan en de uitspraak hem als gevolg van een niet aan hem toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de beroepstermijn is toegezonden of verstrekt. In dat geval moet de beroepstermijn verlengd worden met een termijn van veertien dagen, of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn, na de dag van verstrekking of verzending van de uitspraak.

Van een verschoonbare termijnoverschrijding is geen sprake in HR 17 april 2020.⁹⁴ Hoewel een beschikking van de rechter-commissaris in de schuldsanering vormvrij is, en in dit geval uit een eerste e-mail van de WSNP-bewindvoerder niet kon worden afgeleid dat de rechter-commissaris een beschikking had gegeven, had dat op basis van een later verslag van de WSNP-bewindvoerder wel duidelijk moeten zijn. De beroepstermijn werd daarom verlengd met (in dit geval) vijf dagen na de dag waarop (de inhoud van) de beschikking is bekendgemaakt. Het beroep is pas ruim daarna ingesteld, zodat van een verschoonbare termijnoverschrijding geen sprake is.

Voor mondelinge uitspraken heeft de Hoge Raad in 2018 beslist dat de schriftelijke uitwerking zo spoedig mogelijk na de mondelinge uitspraak beschikbaar moet zijn, waarbij valt uit te gaan van een termijn van uiterlijk twee weken.⁹⁵ In HR 21 februari 2020⁹⁶ legt de Hoge Raad uit dat het overschrijden van deze tweewekentermijn niet tot gevolg heeft dat de uitspraak nietig is of dat daar anderszins geen rechtsgevolgen aan kunnen worden verbonden. Dit geldt ook voor een overschrijding van de in artikel 30p lid 5 Rv genoemde termijn voor het na de mondelinge uitspraak verstrekken van een afschrift van het proces-verbaal. Bij een mondelinge uitspraak is de dag van die mondelinge uitspraak bepalend voor de aanvang van de rechtsmiddelstermijn, en niet de dag waarop de schriftelijke uitwerking beschikbaar komt. Dat kan problematisch zijn als bij het aanwenden van een rechtsmiddel direct de gronden moeten worden aangevoerd (zoals in cassatie). De Hoge Raad bevestigt in de genoemde uitspraak dat als de schriftelijke uitwerking van een mondelinge uitspraak te laat beschikbaar komt, voor het instellen van een rechtsmiddel geldt wat is overwogen in HR 20 april 2018.⁹⁷ Dat betekent dat partijen voor het aanvoeren van de gronden steeds ten minste twee weken de tijd moeten hebben, of zoveel minder als overeenstemt met de toepasselijke kortere wettelijke rechtsmiddelstermijn. Komt de schriftelijke uitwerking van de mondelinge uitspraak zo laat beschikbaar dat minder dan twee weken, of minder dan de toepasselijke kortere termijn, resteert, binnen de rechtsmiddelstermijn, dan moet de termijn voor het aanvoeren van die gronden worden verlengd, zodat twee weken of de kortere termijn beschikbaar is na de dag waarop de schriftelijke uitwerking beschikbaar is geko-

men. Overigens moet het rechtsmiddel zelf wel steeds binnen de termijn worden ingesteld, zo nodig op nader aan te voeren gronden.

Hoger beroep

Na de modernisering en vereenvoudiging van het beslag- en executierecht en het bewijsrecht is de vraag wanneer het appelprocesrecht aan de beurt is. Dat hangt nu aan elkaar van in de rechtspraak ontwikkelde 'in beginsel strakke regels' en uitzonderingen daarop. De rechtspraak van het afgelopen jaar toont aan dat de praktijk gebaat zou zijn bij een normaal leesbare en eenvoudig toepasbare wettelijke regeling.

Zo blijft de devolutieve werking 'de schrik van menig raadsheer'.⁹⁸ Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep moet de appelrechter, als een of meer grieven slagen, alle stellingen en verweren beoordelen die geïntimeerde in eerste aanleg heeft aangevoerd, maar die door de rechtbank zijn verworpen of niet zijn behandeld, voor zover deze in appel niet zijn prijsgegeven. In HR 31 januari 2020⁹⁹ heeft het hof de devolutieve werking van het hoger beroep miskend, maar leidt dit niet tot cassatie omdat de door het hof ten onrechte niet behandelde grondslagen voor de vordering in het licht van de andere beslissingen niet tot toewijzing hadden kunnen leiden. In de bestuurdersaansprakelijkheidszaak die leidt tot HR 29 mei 2020¹⁰⁰ heeft het hof de devolutieve werking miskend door bepaalde stellingen die de bestuurders bij wijze van verweer hadden aangevoerd, niet in de beoordeling in hoger beroep te betrekken.

Maar ook advocaten moeten bedacht blijven op de devolutieve werking, zo bewijst HR 17 januari 2020.¹⁰¹ Bij tussentijds hoger beroep tegen een tussenvonnissen kan de appelrechter op grond van artikel 356 Rv namelijk, wanneer hij een tussenvonnissen vernietigt, de zaak aan zich houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen. De bevoegdheid om de zaak na vernietiging van een tussenvonnissen zelf af te doen wordt in beginsel alleen begrensd door de eisen van een goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor. Partijen moeten rekening houden met de mogelijkheid dat de appelrechter gebruik zal maken van deze bevoegdheid door hun stellingen daarop af te stemmen voor zover de rechtsstrijd in hoger beroep daartoe aanleiding geeft. Zij kunnen er niet van uitgaan dat zij daartoe nog bij afzonderlijke beslissing

in de gelegenheid worden gesteld. Ook de geïntimeerde moet, bij de afweging om al dan niet meteen incidenteel hoger beroep in te stellen, rekening houden met de mogelijkheid dat de rechter de zaak na vernietiging zelf afdoet, aldus de Hoge Raad. Praktisch gevolg van deze regels is uiteraard wel dat partijen worden gedwongen het zekere voor het onzekere te nemen, en stellingen in te nemen of toe te lichten, al dan niet in een incidenteel appel, die overbodig kunnen blijken als het hof beslist geen gebruik te maken van de mogelijkheid de zaak zelf af te doen. Vanuit efficiency-oogpunt zou het dan ook wenselijk zijn dat hoven tijdig communiceren wat zij van plan zijn.

De tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven, stellingen, eisenwijzigingen enz. die in een later stadium dan in de memorie van grieven (dan wel de memorie van antwoord) worden aangevoerd. HR 14 februari 2020¹⁰² bevestigt dat de appelrechter bij wijze van uitzondering op de tweeconclusieregel kan toestaan dat de appellante een feit dat is voorgevallen of gebleken na het tijdstip van de memorie van grieven, alsnog in het geding in hoger beroep naar voren brengt, om te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken gegevens zou moeten worden beslist. Het hof heeft daarbij terecht onderzocht of het naar voren brengen van dat nieuwe feit niet in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Ook in de echtscheidingszaak die leidt tot HR 5 juni 2020¹⁰³ heeft het hof niet in strijd gehandeld met de tweeconclusieregel door de vrouw toe te staan om na de indiening van haar verweerschrift in hoger beroep alsnog gegevens aan te voeren die niet eerder bekend waren.

Een bekende valkuil voor advocaten en procespartijen is gelegen in de verplichting om in sommige gevallen het instellen van een rechtsmiddel in te schrijven in het rechtsmiddelenregister als bedoeld in artikel 433 Rv. De termijn voor deze inschrijving is vaak kort (acht dagen), en niet-tijdige inschrijving leidt tot niet-ontvankelijkheid van het ingestelde rechtsmiddel. HR 27 maart 2020¹⁰⁴ gaat over de inschrijving van een rechtsmiddel tegen een uitspraak waarvan de rechter heeft bepaald dat zij in de plaats treedt van een tot levering van een registergoed bestemde akte, op grond van artikel 3:301 lid 2 BW. De vraag is of deze bepaling van toepassing is in een geval waarin (i) een partij is veroordeeld binnen een bepaalde termijn haar medewerking te verlenen aan de overdracht en levering van een

Een bekende valkuil voor advocaten en procespartijen is gelegen in de verplichting om in sommige gevallen het instellen van een rechtsmiddel in te schrijven in het rechtsmiddelenregister

93. ECLI:NL:HR:2020:72, RvdW 2020/152 (Fair Play c.s./werknemers).

94. ECLI:NL:HR:2020:751, NJ 2020/171 (Quitantie c.s./WSNP-bewindvoerder).

95. HR 20 april 2018,

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

96. ECLI:NL:HR:2020:320, RvdW

2020/297 (moeder/Stichting Jeugd-
bescherming Brabant), zie ook hiervoor,
onder 'Eerste aanleg'.

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

98. Zie hierover A. Hammerstein, 'Appel-
rechtens kunnen van elkaar leren', TCR

2014/3, p. 71.

99. ECLI:NL:HR:2020:144, NJ 2020/61
(DEEM NL/verweerder).

100. ECLI:NL:HR:2020:984, RvdW
2020/693.

101. ECLI:NL:HR:2020:61, NJ 2020/137,
m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dingemans c.s./

X c.s.).

102. ECLI:NL:HR:2020:258, NJ 2020/91
(High Point/KPN).

103. ECLI:NL:HR:2020:1015, NJ 2020/236.

104. ECLI:NL:HR:2020:538, RvdW

2020/447 (X/VM Vastgoed).

registergoed, (ii) in de uitspraak is bepaald dat, indien die partij in gebreke blijft die veroordeling na te komen, de uitspraak in de plaats treedt van (een deel van) de tot levering van dat registergoed bestemde akte en (iii) die partij op het moment van het instellen van het rechtsmiddel aan de veroordeling heeft voldaan. De Hoge Raad bevestigt dat artikel 3:301 lid 2 BW een beperkte strekking heeft. Gelet op de zware sanctie van niet-ontvankelijkheid is er geen grond het toepassingsbereik van deze bepaling uit te breiden tot gevallen die niet door de wettekst worden bestreken, of waarin de betrouwbaarheid van de openbare registers niet in het geding is. Daarom geldt de eis van inschrijving in het rechtsmiddelenregister alleen voor gevallen waarin de bestreden uitspraak op het moment dat het rechtsmiddel wordt ingesteld, daadwerkelijk in de plaats van de akte van levering is getreden of nog kan treden. Een vernietiging van de uitspraak kan immers alleen in die gevallen ertoe leiden dat de inschrijving van de uitspraak in de openbare registers achteraf bezien niet tot eigendomsoverdracht heeft geleid. Artikel 3:301 lid 2 BW is dus niet van toepassing indien op het moment waarop het rechtsmiddel wordt aangewend, vaststaat dat de uitspraak niet ter vervanging van de akte van levering of een deel daarvan, in de openbare registers is ingeschreven of nog kan worden ingeschreven.

Gelet op de herkansingsfunctie van het hoger beroep moet het een partij in hoger beroep worden toegestaan om in hoger beroep voor het eerst een verweer te voeren of stelling in te nemen, ook als zij in eerste aanleg daarmee strijdige verweren of stellingen heeft (aan)gevoerd. Onder omstandigheden kan het inroepen van de nieuwe stelling of het nieuwe verweer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, zodat een partij het recht daartoe heeft verwerkt. Of daarvan in een concreet geval sprake is, hangt af van alle omstandigheden van dat geval, waaronder de eerdere gedragingen en verklaringen van die partij in of buiten rechte en het eventuele nadeel dat de wederpartij ondervindt door de gang van zaken.¹⁰⁵

Cassatie

De Hoge Raad moet en wil 'midden in de samenleving staan', zo benadrukt het jaarverslag.¹⁰⁶ Dit is nodig om zijn maatschappelijke taak om recht te spreken goed te kunnen blijven uitoefenen en anderzijds binnen de samenleving een gezaghebbend instituut te blijven. De Hoge Raad is hier op verschillende manieren mee bezig. Zo wordt het werk van de Hoge Raad steeds beter zichtbaar en toegankelijk gemaakt voor de samenleving door afgezien van de gebruikelijke publicatie van uitspraken en conclusies, soms ook een nieuwsbericht, tweet of korte video te publiceren. Vanwege de grote belangstelling waren in de *Urgenda*-zaak het pleidooi en de uitspraak te volgen via een livestream op de website van de Hoge Raad. Om de toegankelijkheid van uitspraken en het contact met de samenleving te vergroten is de Hoge Raad sinds een jaar of twee bezig om teksten van uitspraken in klare taal te schrijven. Tegen deze achtergrond hanteert de Hoge Raad – na een intern georganiseerde herschrijfwedstrijd – sinds januari 2020 nieuwe standaardoverwegingen bij een afdoening via artikel 81 RO (verwerping zonder inhoudelijke motivering) of artikel 80a RO (selectie aan de poort).

Tegelijkertijd zal de Hoge Raad zich realiseren dat het toegankelijker maken van rechtspraak niet ophoudt bij het eenvoudiger formuleren van uitspraken

De nieuwe modeltekst voor afdoening met toepassing van artikel 81 RO is voor het eerst gebruikt in HR 10 januari 2020:¹⁰⁷ *'De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).'* Hiermee is een slag gemaakt. Tegelijkertijd zal de Hoge Raad zich realiseren dat het toegankelijker maken van rechtspraak niet ophoudt bij het eenvoudiger formuleren van uitspraken.¹⁰⁸

In cassatie is alleen plaats voor een veroordeling tot terugbetaling van hetgeen waartoe een partij in de bestreden uitspraak is veroordeeld, als de Hoge Raad die uitspraak vernietigt en op grond van artikel 420 Rv het geding zelf afdoet door de in die uitspraak toegewezen vordering alsnog af te wijzen, zo volgt uit HR 6 december 2019.¹⁰⁹ Deze regel ziet zowel op de in de bestreden uitspraak uitgesproken hoofdveroordeling als op de in die uitspraak vervatte proceskostenveroordeling.¹¹⁰ Is in cassatie geen plaats voor een veroordeling tot terugbetaling, dan laat dit onverlet dat een partij in een afzonderlijk geding kan worden veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen aan haar is betaald op grond van een in hoger beroep uitgesproken proceskostenveroordeling, indien door vernietiging in cassatie de rechtsgrond aan die proceskostenveroordeling is ontvallen.

Zuivering van het verstek is volgens artikel 142 Rv mogelijk tot aan het eindvonnis. Dit artikel is op grond van artikel 418a Rv in cassatie van overeenkomstige toepassing. De eisen van een goede procesorde kunnen echter meebrengen dat van deze bevoegdheid geen gebruik meer kan worden gemaakt. Het procesreglement van de Hoge Raad schrijft voor dat als incidenteel cassatieberoep wordt ingesteld, het verstek moet worden gezuiverd uiterlijk vier weken voor de datum die is bepaald voor schriftelijke toelichting of pleidooi. HR 3 juli 2020¹¹¹ maakt duidelijk dat het procesreglement op dit punt geen fatale termijn bevat voor het instellen van incidenteel cassatieberoep die op straffe van niet-ontvankelijkheid in acht moet worden genomen. De wet geeft immers niet de bevoegdheid om bij procesreglement van de wet afwijkende eisen te stellen aan de termijn voor het instellen van incidenteel cassatieberoep. Het in het procesreglement genoemde tijdstip is dan ook slechts een belangrijke aanwijzing dat een na dat

tijdstip ingesteld incidenteel cassatieberoep in strijd is met de goede procesorde. Het instellen van incidenteel cassatieberoep na het in het procesreglement voorgeschreven tijdstip is dan ook niet per definitie in strijd met de eisen van een goede procesorde.

Beslag- en executierecht

In de laatste twee kronieken stonden we uitgebreid stil bij het wetsvoorstel herziening beslag- en executierecht. Wellicht tegen beter weten in spraken wij vorig jaar nog de hoop uit dat men bij de parlementaire behandeling alsnog gebruik zou maken van de suggesties die in de consultatie en het *Compendium Beslag- en executierecht* zijn aangereikt om zo te zorgen voor een meer omvangrijke herziening van het beslag- en executierecht. Het mocht niet baten. Op een enkele wijziging na, is de Wet herziening beslag- en executierecht op 2 juni 2020 door de Eerste Kamer aangenomen zoals het wetsvoorstel op 14 juni 2019 bij de Tweede Kamer is ingediend.¹¹² De wet zal gefaseerd in werking treden. Het eerste gedeelte is inmiddels al in werking getreden, namelijk per 1 oktober 2020.¹¹³

Anders dan voorgaande jaren is de beslagsyllabus dit jaar één keer aangepast. De meest recente versie is van 1 februari 2020. In deze versie is allereerst aangepast dat de voorzieningenrechter naast de rechtmatigheidstoets of de gevraagde beslagvorm aan alle geldende formele vereisten voldoet, moet beoordelen of de gestelde vordering summiëriek deugdelijk is, in plaats van of het verzoek hem niet ongegrond voorkomt.¹¹⁴ Hierbij wordt aangesloten bij de uitspraak van het Hof Amsterdam van 10 september 2019.¹¹⁵ Verder wordt in deze nieuwe versie van de beslagsyllabus verduidelijkt dat ook door middel van een vordering in kort geding de eis in hoofdzaak kan worden ingesteld. De kortgedingzaak is aanhangig zodra eiser aan gedaagde de in het procesreglement voorgeschreven mededeling van de dag en het tijdstip van de terechtzitting doet onder toezending van de conceptdagvaarding, dan wel vanaf het moment dat de dagvaarding is betekend.¹¹⁶ Daarnaast wordt een aanvulling gegeven op de termijn bij toepassing van artikel 1019i Rv (het instellen van de hoofdzaak na voorlopige voorzieningen in een IE-zaak¹¹⁷ en wordt nog nadere invulling gegeven aan de termijnen bij een beoordeling van bewijsbeslagen.¹¹⁸

Spannender wordt het als we kijken naar de recente arresten op het terrein van het executierecht. De Hoge Raad is daar in deze verslagperiode echt voor gaan zitten met het zeer lezenswaardige arrest van 20 december 2019

Spannender wordt het als we kijken naar de recente arresten op het terrein van het executierecht

over de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak.¹¹⁹ Hoewel in deze zaak wordt geoordeeld dat eiser tot cassatie geen belang heeft bij het cassatieberoep, komt de Hoge Raad in een inhoudelijke beslissing ten overvloede tot een belangrijke overzichtsuitspraak. In deze zaak ligt voor welke maatstaf de rechter moet hanteren bij de beoordeling van een vordering of verzoek om de tenuitvoerlegging te schorsen van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak. De Hoge Raad zoomt in op de vraag of de rechter die in kort geding oordeelt over een vordering zoals bedoeld in artikel 438 lid 2 Rv, daarbij dezelfde maatstaf moet hanteren als de rechter die in hoger beroep oordeelt over een incidentele vordering of een incidenteel verzoek zoals bedoeld in artikel 351 Rv respectievelijk artikel 360 lid 2 Rv, en bespreekt allerlei varianten die hiermee verband houden. Na een uiteenzetting van eerdere relevante arresten als *Ritzen/Hoekstra*,¹²⁰ *Newbay/Staat*¹²¹ en HR 20 maart 2015,¹²² stelt de Hoge Raad vast dat het uit oogpunt van 'uniformiteit en hanteerbaarheid van het recht' wenselijk is de verschillende maatstaven zoveel mogelijk gelijk te trekken.¹²³ Voor zowel een incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, een incident tot zekerheidstelling, het incident tot schorsing van de tenuitvoerlegging als een kort geding tot schorsing van de tenuitvoerlegging indien tegen de ten uitvoer te leggen uitspraak een rechtsmiddel is of nog kan worden ingesteld, gaat het volgende gelden. Uitgangspunt is dat een uitgesproken veroordeling, hangende een hogere voorziening, uitvoerbaar dient te zijn en zonder de voorwaarde van zekerheidstelling ten uitvoer kan worden gelegd. Van dit uitgangspunt kan een afwijking worden gerechtvaardigd als het belang van de veroordeelde bij behoud van de situatie of diens belang bij zekerheidstelling, zwaarder weegt dan het belang van diegene die de veroordeling heeft verkregen. Bij de toepassing van deze maatstaf in een incident of kort geding moet worden uitgegaan van de beslissing in de ten uitvoer te leggen uitspraak en blijft de kans van slagen van het tegen die beslissing aangewende rechts-

105. HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:485, NJ 2020/123; hiervoor ook besproken onder 'Procederen in eerste aanleg'.

106. <https://2019.jaarverslaghogeraad.nl/>.

107. ECLI:NL:HR:2020:29, NJ 2020/44 (X/Gemeente Noorddoostpolder).

108. Zie hierover ook: G. van der Bruggen, 'Klare taal in uitspraken. Meer dan stijl alleen', *NJB* 2020/1808, afl. 28.

109. ECLI:NL:HR:2019:1845, NJ 2020/17 (Insinger/Gilissen Bankiers/verweerder).

110. HR 20 maart 2020,

ECLI:NL:HR:2020:483, NJ 2020/125; en HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:531, NJ 2020/138.

111. ECLI:NL:HR:2020:1224, NJ 2020/282.

112. Zie Wet van 3 juni 2020 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht, *Stb.* 2020, 177.

113. Besluit van 15 juli 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 3 juni 2020 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht, *Stb.* 2020, 277.

114. Zoals hiervoor gold volgens Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AO1606. Zie Beslagsyllabus p. 15.

115. ECLI:GHAMS:2019:3376.

116. Beslagsyllabus p. 18.

117. Beslagsyllabus p. 21.

118. Beslagsyllabus p. 54 en 60.

119. ECLI:NL:HR:2019:2026, RvdW 2020/88. Zie hierover uitgebreid en kritisch

D.C. Theunis, 'De (on)mogelijke gevolgen van HR 20 december 2019 (*Hotel-Restaurant De Zeester*)', *TvPP* 2020-4.

120. HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575, NJ 1984/145, m.nt. Heemskerck (*Ritzen/Hoekstra*).

121. HR 30 mei 2008,

ECLI:NL:HR:2008:BC5012 (*Newbay/Staat*).

122. ECLI:NL:HR:2015:688, NJ 2015/158.

123. HR 20 december 2019,

ECLI:NL:HR:2019:2026, RvdW 2020/88, r.o. 5.5.1.

middel buiten beschouwing. De rechter mag daarbij wel betrekken of de ten uitvoer te leggen beslissing berust op een kennelijke misslag. Indien de beslissing over de uitvoerbaarheid bij voorraad in de ten uitvoer te leggen uitspraak is gemotiveerd, moet eiser of verzoeker aan zijn vordering of verzoek feiten en omstandigheden ten grondslag leggen die bij het nemen van deze beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de betrokken uitspraak hebben voorgedaan en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken. Tot slot verduidelijkt de Hoge Raad dat in een kort geding over de tenuitvoerlegging van een uitspraak die al wél in kracht van gewijsde is gegaan, de maatstaf van *Ritzen/Hoekstra* onverkort geldt en daar dus slechts grond voor schorsing bestaat als sprake is van misbruik van bevoegdheid.

HR 13 maart 2020¹²⁴ gaat ook over een executiegeschil in kort geding, maar hier moet de Hoge Raad noodgedwongen de voorheen geldende maatstaf van misbruik van bevoegdheid toepassen. In hoger beroep is namelijk niet tegen deze maatstaf opgekomen. Om geen enkel misverstand te laten bestaan over de nieuwe regels, stelt de Hoge Raad in duidelijke bewoordingen voorop dat zijn arrest van 20 december 2019 de juiste maatstaf bevat, te weten dat een vordering tot schorsing in kort geding beoordeeld moet worden aan de hand van dezelfde maatstaf als bij een schorsingsincident ex artikel 351 en 360 lid 2 Rv. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad via de in deze zaak noodgedwongen toets van misbruik van bevoegdheid de belangenafweging die wordt toegepast bij een schorsingsincident wel degelijk impliciet betreft. De Hoge Raad meent dat het hof bij de gestelde belangen tot de conclusie kon komen dat er bij tenuitvoerlegging van de uitspraak sprake zou zijn geweest van misbruik van bevoegdheid. Een andersluidende conclusie behoort echter ook nog tot de mogelijkheden, zo bewijst HR 24 april 2020.¹²⁵ Ook hier wordt noodgedwongen de maatstaf van misbruik van bevoegdheid toegepast en ook hier wordt toegelicht dat in de toekomst een andere maatstaf zal gelden. De Hoge Raad concludeert dat het hof tot de slotsom kon komen dat verweerder geen misbruik van bevoegdheid zou maken bij tenuitvoerlegging van de uitspraak.

Het executierecht ligt in een andere context voor in HR 13 december 2019.¹²⁶ In deze zaak gaat het onder meer over de taakverdeling tussen de dwangsomrechter en de executierechter. De Hoge Raad stelt vast dat de vraag in hoeverre aan de hoofdveroordeling is voldaan en of de daaraan verbonden dwangsommen zijn verbeurd, niet door de dwangsomrechter op de voet van artikel 611d Rv moet worden beoordeeld, maar door de executierechter. Voor de meer inhoudelijke regels rond het opleggen van een dwangsom, in dit geval op grond van artikel 611a Rv, is het de moeite waard HR 4 oktober 2019 te bespreken.¹²⁷ De Hoge Raad sluit zich in deze uitspraak aan bij de rechtspraak van het Benelux-gerechtshof. Indien de rechter in eerste aanleg met toepassing van artikel 611a Rv een dwangsom heeft opgelegd, en de rechter in hoger beroep de hoofdveroordeling geheel of gedeeltelijk in stand laat, dan kan de appelrechter dat doen onder vermindering, vermeerdering of volledige afwijzing van de dwangsom die door de rechter in eerste aanleg was opgelegd. Indien

sprake is van een vermindering van de dwangsom, kan de dwangsom die de rechter in eerste aanleg had opgelegd tot het verminderde bedrag worden verbeurd in de periode tussen de uitspraak in eerste aanleg en hoger beroep. De Hoge Raad verduidelijkt ook dat het aankomt op maatwerk. De rechter die de hoogte van de dwangsom vaststelt, dient rekening te houden met de aard en omstandigheden van het geval. Dit geldt ook voor de appelrechter die de hoogte beoordeelt van een in eerste aanleg opgelegde dwangsom, ook voor zover die ziet op het verleden. Dit strookt met het uitgangspunt dat in hoger beroep een nieuwe beoordeling plaatsvindt. Daarbij hoeft de appelrechter geen terughoudendheid te betrachten. Een wijze les aan diegenen die zich na oplegging van een dwangsom te vroeg rijk rekenen.

Arbitrage en mediation

In de rechtspraak wordt in toenemende mate arbitrage ingezet in incassozaken om een titel te verkrijgen. Het gaat daarbij om zaken waarin in de meeste gevallen geen verweer verwacht wordt. Als de gedaagde partij een consument is en deze niet in de arbitrale procedure verschijnt, is de kwestie van ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht van belang. In HR 8 november 2019¹²⁸ beantwoordt de Hoge Raad prejudiciële vragen rond ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in de zin van Richtlijn 1993/13/EEG in het kader van arbitrage. De vragen zijn gesteld door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in een verzoekschriftprocedure strekkende tot het verkrijgen van verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Het arbitrale vonnis is gewezen door een arbiter van Stichting Arbitrage Rechtspraak Nederland tegen een consument in de zin van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De consument is in de arbitrage noch in de exequaturprocedure verschenen. De vragen betreffen alle de kwestie in hoeverre in een exequaturprocedure door de rechter ambtshalve behoort te worden onderzocht of regels van Europees respectievelijk nationaal consumentenrecht zijn nageleefd. Binnen het bestek van deze kroniek wordt volstaan met de samenvatting van de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad: de voorzieningenrechter die een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis in een consumentenzaak beoordeelt, is verplicht om ambtshalve na te gaan of:

- i) het arbitrale beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 1993/13/EEG;
- ii) een beding op grond waarvan de vordering tegen de consument in het arbitrale vonnis is toegewezen oneerlijk is in de zin van Richtlijn 1993/13/EEG;
- iii) het arbitrale beding de consument een termijn gunt van ten minste een maand nadat de wederpartij zich op het arbitrale beding heeft beroepen om alsnog ervoor te kiezen dat het geschil aan de overheidsrechter wordt voorgelegd (art. 6:236 onder n BW); en
- iv) de consument daadwerkelijk de in het arbitrale beding opgenomen termijn van ten minste een maand is gund.

De voorzieningenrechter moet onderzoek doen als dat voor de ambtshalve beoordeling nodig is. Dat onderzoek kan bijvoorbeeld bestaan uit het opvragen van bepaalde

stukken of het vragen om een toelichting door de verzoeker of de consument, die daartoe moeten worden uitgenodigd. De voorzieningenrechter moet het verlot in beginsel weigeren als aannemelijk is dat zich een geval als onder (i) of (ii) voordoet, of dat zich een geval als onder (iii) of (iv) niet voordoet. Dat betekent dat het arbitrale vonnis niet tegen de consument ten uitvoer kan worden gelegd. De voorzieningenrechter onderzoekt niet ambtshalve of de schuldeiser voldoende heeft gesteld voor toewijzing van de gevorderde incassokosten en of hij andere daarvoor geldende regels heeft nageleefd (art. 6:96 lid 6 BW).

HR 13 maart 2020¹²⁹ bevestigt dat een geslaagd beroep op een bindendadviesclausule tot niet-ontvankelijkverklaring van de eiser moet leiden.¹³⁰ De rechter komt dan niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de rechtsbetrekking in geschil. Als de rechter, zoals in de onderhavige zaak, de vordering afwijst in plaats van de eiser niet-ontvankelijk te verklaren, levert dat niet zonder meer een grond voor vernietiging op. Een dictum moet worden uitgelegd in het licht van de overwegingen die daaraan ten grondslag zijn gelegd. Onder omstandigheden kan een partij belang hebben bij wijziging van het dictum dan wel duidelijkheid krijgen over de vraag of de rechter de vordering op inhoudelijke gronden heeft afgewezen. In zo'n geval kan het instellen van een rechtsmiddel (al dan niet bij wege van incidenteel appel) niet zonder meer als onnodig worden aangemerkt.

De geschillen rond Yukos blijven de nodige rechtspraak opleveren. In 2014 is de Russische Federatie in een aantal arbitrale vonnissen veroordeeld tot betaling van in totaal ongeveer \$ 50 miljard aan schadevergoeding aan de (voormalige) aandeelhouders van Yukos. De Russische Federatie heeft bij de Rechtbank Den Haag vernietiging van deze arbitrale vonnissen gevorderd, aanvankelijk met succes. In hoger beroep heeft het Hof Den Haag de vordering tot vernietiging echter alsnog afgewezen. De Russische Federatie heeft daartegen cassatieberoep ingesteld. Hangende dat cassatieberoep heeft de Russische Federatie de Hoge Raad verzocht om schorsing van de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen dan wel zekerheidsstelling op grond van artikel 1066 lid 2 en lid 5 (oud) Rv. Naar aanleiding daarvan wordt de vraag opgeworpen of de Hoge Raad is aan te merken als 'de rechter die omtrent de vernietiging oordeelt' in de zin van artikel 1066 lid 2 (oud) Rv. HR 25 september 2020¹³¹ beantwoordt die vraag bevestigend. Dit geldt ook onder het huidige (sinds 1 januari 2015 geldende) arbitragerecht, met dien verstande dat de bevoegde rechter in de vernietigingsprocedure in eerste aanleg het gerechtshof is. Het feit dat schorsing van de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis ook in kort geding kan worden gevorderd, maakt dit alles niet anders.

Bij brief van 20 januari 2020¹³² heeft de Minister voor Rechtsbescherming aangekondigd voornemens te zijn een wetsvoorstel in consultatie te brengen dat als doel heeft te bevorderen dat geschillen op een zo bestendig, passende en efficiënt mogelijke wijze worden opgelost. Het beoogde wetsvoorstel zal daarvoor in de eerste plaats kwaliteitswaarborgen voor mediators bevatten. Dit moet leiden tot meer vertrouwen in het instrument mediation als methode van geschiloplossing. Daarnaast moet het wetsvoorstel voorzien in een betere aansluiting tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke geschiloplossing. De minister heeft recent aangegeven dat de nadere uitwerking van het wetsvoorstel door de coronacrisis vertraging heeft opgelopen. De verwachting is dat eind 2020 over een voorontwerp van wet kan worden gecoconsulteerd.¹³³

Varia

Griffierecht/proceskosten

Na een internetconsultatie in 2019 is op 16 april 2020 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz).¹³⁴ Aanleiding voor het wetsvoorstel zijn signalen uit de praktijk dat de griffierechtstarieven voor met name vorderingen van net boven de € 500 als problematisch worden ervaren en de toegang tot de rechter belemmeren. Ondernemingen zouden door de hoogte van het griffierecht steeds vaker afzien van het voeren van procedures over onbetaalde vorderingen van net boven de € 500. Ook wordt het als problematisch ervaren dat natuurlijke personen na verlies van een incassoprocedure tegen een rechtspersoon vaak worden veroordeeld tot vergoeding van het hogere griffierecht dat de rechtspersoon als eiser heeft moeten betalen. In het wetsvoorstel gaan de griffierechten voor zaken met gering financieel belang enigszins omlaag en die bij groter financieel belang enigszins omhoog. Daarnaast worden tot € 5.000 meer griffierechtcategorieën geïntroduceerd en komen de griffierechten voor rechtspersonen en natuurlijke personen dichter bij elkaar te liggen. Wat ons betreft blijft het wetsvoorstel een lapmiddel en een gemiste kans. Enerzijds wordt keer op keer benadrukt dat de wijziging van de griffierechten vooral 'budgetneutraal' moet zijn en dat de kosten van de rechtspraak niet mogen toenemen, terwijl anderzijds opnieuw niet de gelegenheid te baat wordt genomen om een nieuwe categorie in te voeren voor vorderingen met een groot financieel belang. Zo houdt in het huidige systeem elke differentiatie in griffierechten op bij vorderingen boven € 100.000. Wij hebben er in deze kroniek¹³⁵ al eerder voor gepleit daar iets aan te doen, en ook elders gaan dergelijke geluiden op.¹³⁶ Zaken met een groot

124. ECLI:NL:HR:2020:429, NJ 2020/111 (Gemeente Nijmegen/Hilzaco c.s.).

125. ECLI:NL:HR:2020:806, RvdW 2020/578 (Meulenbergh qd/X). Dit arrest is ook besproken onder Kort geding.

126. ECLI:NL:HR:2019:1941, NJ 2020/21 (d'Olmehorst Holding/X).

127. ECLI:NL:HR:2019:1530, NJ 2019/391 (Appingedammer Brons Motoren Museum c.s./Control Seal).

128. ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305, m.nt. H.J. Snijders (Stichting Intermaris/X).

129. ECLI:NL:HR:2020:425, RvdW 2020/371 (Franken qq c.s./Qander Consumer Finance).

130. HR 22 november 1985, NJ 1986/275, m.nt. P.A. Stein.

131. ECLI:NL:HR:2020:1511.

132. Kamerstukken II 2019/20, 35 300 VI, nr. 102.

133. Zie Kamerstukken II, 35 439, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 18 september 2020, p. 2.

134. Wijziging van de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het introduceren van meerdere griffierechtcategorieën voor lagere geldvorderingen, Kamerstukken II 2019/20, 35 439, nr. 2; de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister op 18 september 2020 naar de Tweede

Kamer gestuurd, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2020/09/18/tk-bijlage-nota-naar-aanleiding-van-het-verslag-wijziging-van-de-wet-griffierechten-burgerlijke-zaken.

135. Zie de kroniek in NJB 2017/1908, afl. 35, p. 2552-2553.

136. F.P. van Tulder, 'Naar evenwichtiger griffierechtstarieven?', NJB 2019/2108, afl. 34, p. 2498-2501.

financieel belang zijn doorgaans bewerkelijk en tijdrovend, en rechtvaardigen een substantieel hoger griffierecht. De betrokken procespartijen zullen van een dergelijk hoger griffierecht over het algemeen ook niet echt wakker liggen. Het argument om dit toch niet in te voeren is kennelijk dat het volume aan zaken met een groot financieel belang relatief klein is, zodat een geringe daling van het aantal zaken kan leiden tot een forse daling van de griffierechtontvangsten. Dat laatste is echter alleen maar relevant als de gedachte is dat met de verhoging van de griffierechten voor die categorie, de verlaging van griffierechten van de grote groep zaken van gering belang moet worden bekostigd. Daar lijkt de wetgever krampachtig aan vast te houden, maar noodzakelijk is dat natuurlijk niet. Het griffierecht voor de zaken met een groot financieel belang kan ook worden verhoogd zonder dat daar een verlaging van de griffierechten in andere categorieën tegenover moet staan.

HR 6 december 2019¹³⁷ betreft een verzetprocedure op de voet van artikel 29 Wgbz, waarin een poging wordt gedaan om het verschuldigde griffierecht vastgesteld te krijgen op het lagere griffierecht dat geldt voor een vordering van onbepaalde waarde in plaats van voor een vordering van meer dan € 100.000. Daartoe wordt aangevoerd dat de ingestelde vordering slechts een verklaring voor recht inhoudt dat de bank geen geldig pandrecht heeft op de auteursrechten ten aanzien van door de gefailleerde ontwikkelde software. Tevergeefs: onder verwijzing naar de Wgbz en eerdere rechtspraak oordeelt de Hoge Raad dat voor de berekening van het griffierecht moet worden aangeknoopt bij het financiële belang van de zaak, en daarmee bij de waarde van de vordering waarover de rechter tegen wiens uitspraak het beroep in cassatie is gericht, had te beslissen, ook indien niet de betaling van een geldsom is gevorderd. Een verklaring voor recht wordt dus gewaardeerd naar de hoogte van de geldsom waarop zij bij toewijzing recht zou geven.

Het verzet tegen de vaststelling van het griffierecht is wel succesvol in HR 13 december 2019.¹³⁸ Op grond van artikel 4 lid 2 aanhef en onder j Wgbz wordt geen griffierecht geheven voor de indiening van een verzoekschrift voor toelating tot de schuldsaneringsregeling. De ratio daarvan is dat geen onnodige financiële drempels opgeworpen moeten worden voor de toegang tot de rechter in het kader van de schuldsaneringsregeling. Vanuit dezelfde gedachte oordeelt de Hoge Raad dat deze bepaling ook toepassing vindt, en dus geen griffierecht is verschuldigd, in een geval waarin de persoon op wie de schuldsaneringsregeling van toepassing is, in hoger beroep of cassatie opkomt tegen een beslissing van de rechter op een verzoek tot wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling.

Op grond van artikel 1019h Rv (de implementatie van artikel 14 IE-Handhavingsrichtlijn) kan de in het ongelijk gestelde partij in IE-zaken worden veroordeeld in de 'redelijke en evenredige' gerechtskosten van de in het gelijk gestelde partij. Volgens het HvJ EU verzet deze bepaling zich niet tegen een nationaal systeem van forfaitaire tarieven voor de vergoeding van de advocaatkosten, mits die tarieven waarborgen dat minstens een 'significant en passend deel van de redelijke kosten' van de in het gelijk gestelde partij door de verliezende partij wordt gedragen. HR 24 januari 2020¹³⁹ betreft de vraag of de maximale ver-

goeding van € 40.000 die het hof volgens de Indicatietaariefen in IE-zaken gerechtshoven (2017) heeft toegewezen, is aan te merken als 'een significant en passend deel van de redelijke kosten'. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is gezien de complexiteit van de zaak en de omvang van de processtukken, en in het licht van de naar behoren gespecificeerde en door de wederpartij niet bestreden kostenopgave van bijna € 179.000. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en wijst het dubbele van het standaardtarief voor complexe zaken toe, derhalve € 80.000. Uitgangspunt blijft wel dat de enkele omstandigheid dat een kostenopgave is onderbouwd en niet is bestreden, niet zonder meer leidt tot toewijzing van het gevorderde bedrag.

Ook in zaken betreffende bescherming van bedrijfsgeheimen kan de in het ongelijk gestelde partij op grond van artikel 1019ie Rv worden veroordeeld in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt. Dit artikel is op 23 oktober 2018 in werking getreden als onderdeel van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen (de implementatie van Richtlijn 2016/943/EU). Het tweede lid van artikel 1019ie Rv bepaalt sinds 1 januari 2020 dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld in welke gevallen de rechter kan overgaan tot een veroordeling in de redelijke en evenredige gerechtskosten. Anders dan artikel 1019h Rv schrijft artikel 1019ie Rv de veroordeling in de redelijke en evenredige gerechtskosten niet dwingend voor. De rechter heeft dus de bevoegdheid de redelijke en evenredige proceskosten toe te wijzen, maar is daartoe niet verplicht. De achtergrond daarvan is gelegen in de afschrikkende werking die een reële kostenveroordeling kan hebben voor bedrijven die procederen over schending van bedrijfsgeheimen. In HR 1 mei 2020¹⁴⁰ laat de Hoge Raad in het midden of artikel 1019ie Rv van toepassing is, maar ziet hij geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling op de voet van dat artikel.

Afronding

Al met al was het een bewogen kroniekjaar, waarin ondanks de stilstand door COVID-19 op sommige vlakken in korte tijd veel vooruitgang is geboekt. Wat met KEI in jaren niet gelukt is, bleek ineens binnen een paar weken gerealiseerd. Toch betekent dit niet dat we nu achterover kunnen leunen. De rechtspraak blijft een van de belangrijkste pijlers van onze democratische rechtsstaat. Met een noodvoorziening blijft die pijler wel een tijdje staan, maar op enig moment moet er een meer structurele oplossing komen. De bestaande achterstanden in de afhandeling van civiele zaken zijn verder opgelopen, en met het toenemend aantal coronabesmettingen ziet het er niet naar uit dat alles op korte termijn weer *business as usual* is. Laten we hopen dat er volgend jaar rond deze tijd een vaccin beschikbaar is, zodat ook de rechtspraak kan beginnen aan herstel na alle uitdagingen waarvoor zij zich gesteld ziet. •

¹³⁷. ECLI:NL:HR:2019:1912, NJ 2020/11 (Spirits International//FKP Sojuzplodo- (Schepel qq c.s.).

(Spirits International//FKP Sojuzplodo-import).

¹³⁸. ECLI:NL:HR:2019:1947, NJ 2020/22.

¹⁴⁰. ECLI:NL:HR:2020:830, RvdW

¹³⁹. ECLI:NL:HR:2020:112, NJ 2020/59

2020/593 (Heraeus/Biomet).