

Dagvaardingsprocedure eerste aanleg

Mr. H.A. Stein

1	Dagvaarding of verzoekschrift?	4
2	Aanhangig maken	5
3	Wisselbepaling	5
4	Herstelexploot	8
	4.1 Herstel op eigen initiatief	8
	4.2 Rectificatie op last van rechter	9
5	Procespartijen	10
6	Procederen in kwaliteit	11
7	Bevoegde rechter	12
	7.1 Bevoegde rechter	12
	7.2 EX-Verordening	13
	7.3 Art. 31 EX-Vo, voorlopige voorziening, bewarende maatregel	14
	7.4 Art. 22 EX-Vo, exclusieve bevoegdheden	15
	7.5 Art. 24 EX-Vo, stilzwijgende aanvaarding rechtsmacht	15
	7.6 Art. 8-21 EX-Vo, beschermende bevoegdheden	15
	7.7 Art. 23 EX-Vo, forumkeuze	16
	7.8 Art. 5 -7 EX-Vo, Alternatieve bevoegdheid	16
	7.9 Art. 27 – 30 Aanhangigheid en samenhang	17
	7.10 Betekeningsperikelen	17
	7.11 Rechtsmacht	18
	7.12 Absolute bevoegdheid	23
	7.13 Relatieve bevoegdheid	23
8	Niet-ontvankelijkheid (JBPr 2009, p. 176)	23
	8.1 Algemeen	23
	8.2 Literatuur	24
	8.3 Absolute gronden voor niet-ontvankelijkheid	28
	.8.3.1 Tijdsverloop	28
	.8.3.2 Onjuist rechtsmiddel	29
	a) Verstek	29
	b) Appel	29
	c) Cassatie	30
	d) Herroeping	30
	.8.3.3 Berusting	30

.8.3.4	Alternatieve rechtsgang of geschilbeslechting	31
8.4	Tijdelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid	31
.8.4.1	Belang	31
.8.4.2	Procespersoonlijkheid ontbreekt	34
.8.4.3	Ontijdig rechtsmiddel	36
a)	Eerst poging tot minnelijke regeling	36
b)	Rechtsmiddelenverbod	37
c)	Rechtsmiddelentermijn is nog niet aangevangen	38
.8.4.4	Vormvereisten	38
.8.4.5	Stukken compleet	40
.8.4.6	Voldoening griffie recht, vast recht, vergoeding	40
8.5	Ten slotte	41
9	Dagvaarding	41
10	Cumulatie	43
11	Exceptio Plurium Litis Consortium	45
12	Verstek	46
13	Verzet	46
14	Eisersverstek	47
15	Rolprocedure	47
15.1	Schriftelijke rol	47
15.2	Proceshandelingen	47
15.3	Advocaat-stelling	48
15.4	Conclusies	49
15.5	Comparitie	50
15.6	Vonnis vragen	51
15.7	Pleidooi	51
15.8	Nadere conclusie of akte	53
16	Doorhaling	54
17	Verval van instantie	55
18	Rechterlijke sanctie	55
19	Incidenten en processuele verweren bij wijze van incident	57
19.1	Incidenten	57
19.2	Instellen incident	60
19.3	Processueel verweer	60
19.4	Processueel verweer bij wijze van incident	61
19.5	Efficiënte procesvoering	62
19.6	Sanctie	65
19.7	Samenvattend	66

19.8	Vrijwaring	66
19.9	Voeging en tussenkomst	67
19.10	Verwijzing en voeging	67
20	Voorlopige voorziening	68
21	Cautio iudicatum solvi (art. 224 Rv en art. 6:51 BW)	68
22	Désaveu	68
23	Rectificatie en aanvulling	69
24	Appelverbod	71
25	Bijzondere procedures	73
25.1	Schadestaatprocedure	73
25.2	Rekenprocedure	74
25.3	Exequatur-procedure	74
25.4	843a Rv procedure	74
.25.4.1	Ad a. Rechtsbetrekking	74
.25.4.2	Ad b. Rechtmatig belang	75
.25.4.3	Ad c. Bepaalde bescheiden	76
.25.4.4	Uitzonderingen	77
.25.4.5	Procedure	78
.25.4.6	Bewijsbeslag	79

1 Dagvaarding of verzoekschrift?

Aan iedere procedure ligt een inleidend gedingstuk ten grondslag, hetzij een dagvaarding hetzij een verzoekschrift.

Ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe wetboek van rechtsvordering is erover gedacht het onderscheid tussen de dagvaarding en het verzoekschrift geheel te doen vervallen. De beantwoording van de vraag of dat wenselijk is, is afhankelijk van de uitkomsten van een "fundamentele herbezinning" op het burgerlijk procesrecht, welke herbezinning bedoeld is de komende jaren plaats te vinden. Inmiddels zijn de rapporten verschenen.

De eerste vraag is dus: dagvaarding of verzoekschrift? Als vuistregel geldt dat indien partijen zelf de rechtsgevolgen kunnen bepalen dat een dagvaarding is, terwijl indien partijen dat niet zelf kunnen dat een verzoekschrift is. De moderne wetten sedert 1970 (NBW, Pachtwet) geven een aanknopng: als de wet spreekt van "vorderen" een dagvaarding, als de wet het heeft over "verzoeken" een verzoekschrift. Dat betekent ruwweg dat in het Personen- en Familierecht sprake is van een verzoekschrift en in het Verbintenissenrecht sprake is van een dagvaarding.

De wetgever is in die woordkeus evenwel helaas niet onfeilbaar.

Zie het nieuwe Familieprocesrecht (WO 22 487, ingevoerd 1 april 1995).

- o art. 1:164 lid 2 BW: '*rechtsvordering*'. Vermoedelijk een vergissing en wordt bedoeld '*verzoek*', zie art. 1:111 BW.
- o art. 1:374 lid 2 BW '*Geschillen, die bij de aflegging van de rekening en verantwoording mochten rijzen, beslist de kantonrechter*'. Bedoeld is in de eerste plaats geschillen die rijzen '*naar aanleiding van*' de rekening en verantwoording. In de tweede plaats zal bedoeld zijn dat de kantonrechter beslist '*op verzoek*'. Lid 3 van datzelfde artikel art. 1:374 BW bepaalt evenwel dat bij in gebreke blijven van een der partijen tot medewerking aan het afleggen van rekening en verantwoording met betrekking tot de voogdijrekening, 771 Rv (dagvaardingsprocedure) toepasselijk is.
- o art. 1:377 BW: 'Elke rechtsvordering op grond van het gevoerde voogdijbewind ... verjaart door verloop van vijf jaren'. Wederom zal bedoeld zijn: 'de bevoegdheid tot indienen van verzoekschrift'.

De artikelen art. 1:374 en. 1:377 BW zijn overigens ook toepasselijk in geval van curatele (art. 1:386 BW) en meerderjarigenbewind (art. 1:445 BW).

Bovendien kan aan de wettelijke terminologie niet altijd doorslaggevende betekenis worden toegekend. Zo vermelden de artt. 31 Rv en 32 Rv de mogelijkheid vonnissen te herstellen of aan te vullen *op verzoek van een partij*, terwijl uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat niet is bedoeld dat het verzoek bij verzoekschrift moet worden gedaan (een brief volstaat) of dat de regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn.

Daarnaast zijn er procedures waarvan de rechtsgevolgen ter vrije beschikking van de partijen staan – en die dus met een dagvaarding zouden moeten worden ingeleid – maar desondanks een verzoekschrift vereisen:

- o Zaken met betrekking tot de Huurprijzenwet woonruimte;
- o 7:685 BW: ontbinding van een arbeidsovereenkomst;
- o 5:120, 121, 128, 130, 140 of 144 BW: geschillen tussen appartementseigenaren of

daarmee te vereenzelvigen personen.

Ten slotte valt er in dit verband op te wijzen dat er een procedure is die van beide walletjes snoept: een faillissement wordt uitgelokt bij verzoekschrift en verleend bij vonnis.

2 Aanhangig maken

Een verzoekschriftprocedure wordt aanhangig gemaakt door de indiening van het verzoekschrift (of appelschrift) ter griffie. Dat kan ook per fax.

Het verzoek- of appelschrift moet wel voldoende gronden bevatten om een oordeel te kunnen geven. Zie HR 14 november 2004, NJ 2004, 537 *Holland Green/Quik Holding*:

Het gaat in deze zaak om een ter griffie van de Hoge Raad (deels vóór en deels na 24.00 uur) per fax binnengekomen cassatierekest dat midden in een zin abrupt eindigt en op de pagina erna het volgende vermeldt: "Op grond van een defecte computer verzoekt verzoekster dit beroep op nader aan te voeren gronden nader te mogen aanvullen". Enkele weken later gaat verzoekster in de schriftelijke toelichting verder waar zij in het rekest was blijven steken. In cassatie gaat het om de vraag of verzoekster ontvankelijk is in haar beroep.

Nu het per fax verzonden verzoekschrift is begonnen binnen te komen vóór 24.00 uur op de laatste dag van de cassatietermijn, geldt het als binnen deze termijn ter griffie van de Hoge Raad ingediend (HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55).

De door Holland Green aangevoerde omstandigheid - een defecte computer - kan, als komende voor risico van Holland Green, geen rechtvaardiging opleveren voor het eerst na afloop van de cassatietermijn bij schriftelijke toelichting nader aanvullen van het cassatieberoep. Nu voorts de in het cassatierekest onder nr. 24 geformuleerde enige klacht niet voldoet aan de daaraan ingevolge art. 426a lid 2 Rv te stellen eisen, moet Holland Green niet-ontvankelijk worden verklaard in haar beroep.

Een dagvaardingszaak is aanhangig vanaf het moment van de betekening. Indien sprake is van een EG-gedaagde, dient de dagvaarding tijdig aan de ontvangende instantie te worden gezonden, zie ook HR 17 januari 2003, JBPr 2003, 28 *Oerlemans/Kools*, waarin is bepaald:

Voor de beoordeling van de tijdigheid van het hoger beroep, cassatie of verzet kan de datum van de op de voet van art. 63 lid 1 Rv uitgebrachte dagvaarding bestemd voor een in een andere EG-lidstaat woonachtige betrokkene alleen in aanmerking worden genomen, als de eiser binnen de voor het instellen van het rechtsmiddel gestelde termijn of veertien dagen na betekening van de dagvaarding op de voet van art. 63 lid 1, de dagvaarding met inachtneming van art. 4-11 Bet.Vo. aan een ontvangende instantie verzendt.

Bij de betekening aan de laatst bekende advocaat, gelden overigens geen bijzondere vereisten, zodat ook sprake kan zijn van een "brievenbusje", aldus HR 11 juli 2003, JBPr 2003, 70 *Van Graafeijland/De Krosse*.

3 Wisselbepaling

Van de wisselbepaling (art. 69 Rv) wordt veelvuldig gebruik gemaakt. Dat artikel bepaalt dat als de procedure is aangevangen met een verkeerd inleidend gedingstuk

(verzoekschrift in plaats van dagvaarding of omgekeerd) de rechter herstel van dat gebrek kan bevelen. Het artikel dient ambtshalve toepassing te vinden, ook in hoger beroep en in cassatie, aldus HR 1 april 2005, JBPr 2006, 10, NJ 2005, 348 en Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2005, JBPr 2006, 9 *Van den Booren/Van den Booren*.

In de literatuur is gesuggereerd dat het artikel nog eens van pas zou kunnen komen als men in tijdnood zit. Het is immers eenvoudiger en sneller een verzoekschrift in te dienen (per fax, zie art. 33 Rv) dan een dagvaarding te doen betekenen. Bovendien is "de zaak aanhangig" vanaf het moment van indiening van het verzoekschrift ter griffie (art. 278 Rv) – evenals door de betekening van een exploit van dagvaarding, zie art. 125 Rv. De Minister heeft evenwel een onvoorwaardelijk vertrouwen in de advocatuur (Parl.Gesch. NRv, pag. 221):

Wij gaan ervan uit dat professionele rechtshulpverleners een dergelijke oneigenlijke spoorkeuze reeds om redenen van beroepseer achterwege zullen laten.

Dat vertrouwen is – gelukkig – beschaamd.

Parana wenst in hoger beroep te gaan van een kort gedingvonnis d.d. 27 juni 2002 en heeft het Hof verzocht verlof te verlenen tot het verkorten van de dagvaardingstermijn (art. 117 Rv), die in dit geval drie maanden zou zijn omdat geïntimeerde, Mercantile, buiten de EU verbleef, namelijk te Nassau op de Bahamas (art. 115 lid 2 Rv). De appeltermijn voor een kort geding is 4 weken (art. 339 lid 2 Rv). Waarom de termijn van dagvaarding zo nodig moest worden verkort, vertelt het verhaal overigens niet. Op 25 juli 2002 was nog geen beslissing op het verzoek tot verkorting van de termijn gegeven; dagvaarding blijkt niet meer mogelijk "gelet op het late tijdstip" (de advocaat was kennelijk de zaak vergeten en dacht er pas weer aan na kantoortijd op de laatste dag van de appeltermijn). De behandelend advocaat wijzigt dan de dagvaarding in een verzoekschrift en dient dat in, per fax, om 23:45 uur op 25 juli 2002. Voor de volledigheid dient hij op 26 juli 2002 nog eens vier getekende exemplaren in. Op 1 augustus 2002 volgt een briefje aan het hof: wil art. 69 Rv maar toepassen. Het hof doet dat ook nog (Hof 's-Gravenhage, 29 augustus 2002, LJN:AE8161, *Paranas Citrus International/Southern Mercantile Ltd.*).

Het verkeerde inleidende gedingstuk zal evenwel moeten voldoen aan de basisvereisten van het correcte gedingstuk. Aangezien een appelschrift de gronden en middelen moet bevatten waarop het appel berust, moet ook de foutief benutte appeldagvaarding die gronden en middelen bevatten, aldus Hof Amsterdam, 1 juli 2004, NJF 2004, 596 *Corver/Paso Foods*, in een zaak waarin bewust bij dagvaarding in appel werd gekomen tegen een beschikking, omdat de appellant geen tijd of zin had de gronden van het hoger beroep te formuleren.:

Het hof is van oordeel dat de bedoelde wisselbepaling in het leven is geroepen om vergissingen en verzuimen te herstellen, maar niet om een partij de gelegenheid te geven een voor hem minder bezwaarlijke inleiding van een procedure te kiezen en aldus de vervulling van de vereisten van de voorgeschreven inleiding te vermijden. Door dit toch te doen heeft Corver misbruik van procesrecht gepleegd. Dit brengt mee dat het hof het voormelde geschrift houdende "uitwerking/aanvulling beroep", dat is overgelegd na het verstrijken van de beroepstermijn, bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het hoger beroep buiten beschouwing zal laten.

Het hof zal de zaak thans derhalve beoordelen op basis van hetgeen in de appèldagvaarding is aangevoerd. Deze beperkt zich tot de stelling dat fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden. Dat is te vaag en dat betekent dat het stuk dat het hoger beroep inleidt niet de gronden daarvan bevat.

Hof Amsterdam is toch al niet gecharmeerd van het gebruik van de wisselbepaling voor iets anders dan het herstel van een vergissing of verzuim, zie Hof Amsterdam 31 augustus 2006 LJN AZ1208:

De strekking van art. 69 Rv houdt in dat5 een gemaakte fout of vergissing op eenvoudige wijze kan worden hersteld. Op deze wijze hoeft een verkeerde keus van het procesinleidend stuk in beginsel niet fataal te zijn in die zin dat de aanlegger aanstonds niet-ontvankelijk zou zijn. Naar het oordeel van het hof is genoemde wisselbepaling derhalve bedoeld om vergissingen en verzuimen te herstellen. De strekking van genoemd artikel verzet zich ertegen dat de procedure welbewust met een verkeerd processtuk wordt ingeleid omdat, zoals in de onderhavige zaak, het betekenen van een dagvaardinfsexploot binnen de appèltermijn feitelijk niet meer mogelijk is, mede gelet op art. 64 Rv. Door zo te handelen maakt appellante misbruik van procesrecht.

Ook Hof 's-Gravenhage beschouwt het bewust aanhangig maken van een zaak met een verkeerd inleidend processtuk als misbruik van procesrecht, zie Hof 's-Gravenhage 3 september 2004, NJF 2005, 26 *CJH*.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of het bewust kiezen van een verkeerd inleidend gedingstuk is te beschouwen als misbruik van procesrecht. Ten aanzien van de vraag of de vertraging die het geding oploopt ten gevolge van toepassing van de wisselbepaling als onredelijk is aan te merken, wordt evenwel een ruimdenkend standpunt ingenomen, zie HR 7 mei 2004, NJ 2004, 362, *Otten/Sparkasse Bonn* in een procedure in verzet tegen een verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland van een in Duitsland uitgesproken veroordeling tot betaling:

Weliswaar is bij de parlementaire behandeling onderkend dat van de wisselbepaling misbruik kan worden gemaakt en dat toepassing van de bepaling tot vertraging kan leiden (Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 5, blz. 34 en 80), maar zulks leidt niet tot een ander oordeel. De bij de parlementaire behandeling geopperde gedachte dat de aanlegger zich de kosten van de dagvaarding zou willen besparen, is hier niet van belang, omdat de door de rechter alsnog bevolen dagvaarding en eventuele extra proceshandelingen voor rekening van de aanlegger komen. Dat de aanlegger door bewust te kiezen voor de verkeerde rechtsingang een vertraging van de tenuitvoerlegging zou willen bewerkstelligen, is, in aanmerking genomen dat de wederpartij op de voet van art. 39 EEX-Verdrag bewarende maatregelen kan nemen, onaannemelijk. Nu voorts in gevallen als het onderhavige - anders dan in het bij de parlementaire behandeling aan de orde gestelde geval van hoger beroep - de dagvaarding geen andere gegevens zal behoeven te bevatten dan die in het verzoekschrift moeten worden vermeld, is ook in zoverre van een gevaar van misbruik of vertraging geen sprake. Alles bijeen genomen, is de beperkte mogelijkheid van vertraging die zich bij de toepassing van art. 69 Rv. kan voordoen, niet van wezenlijk andere aard dan de vertraging die zich in iedere procedure door incidenten van uiteenlopende aard kan voordoen, en zonder twijfel van onvoldoende gewicht om te kunnen afdoen aan hetgeen hiervóór in 3.5.3 is overwogen, namelijk .dat de contradictoire fase van de exequaturprocedure erop is gericht, na de eerste fase waarin de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd niet wordt betrokken, de rechten van de verdediging te waarborgen (vgl. HvJEG 10 juli 1986, zaak 198/85 (Carron), Jurispr. 1986, p. 2437, NJ 1987, 478, r.o. 8, en HvJEG 14 maart 1996, zaak C-275/94 (Van der Linden/ Berufsgenossenschaft), Jurispr. 1996, p. I-1393, NJ 1997, 242, r.o. 18).

Art. 69 Rv wordt ook toegepast in de gevallen waarvoor het bedoeld is: een kennelijk vergissing of verzuim.

Bij verzoekschrift wordt bezwaar gemaakt tegen een verstekvonnis van de sector Kanton. De Kantonrechter herkent hierin een beroep op het recht van verzet (art. 143 Rv) en stelt de verzoeker in de gelegenheid een verzetexploot uit te doen brengen. (Ktr Zutphen, 13 augustus 2002, LJN:AE6760).

Soms gaat er wel veel tegelijk mis: verzoekschrift strekkende tot het doen van bevel tot doorhaling

van twee hypothecaire inschrijvingen, ingediend voor verzoekers door notaris Timman te Amsterdam. De rechtbank stelt ambtshalve de rechtsgrond vast (art. 25 Rv?) die niet in het verzoekschrift is vermeld, de rechtbank constateert vervolgens (1) dat sprake moet zijn van een dagvaarding (art. 69 Rv), (2) dat de hypotheekhouders (van wie het adres overigens onbekend is) gedagvaard dienen te worden, (3) dat bij de betekening rekening dient te worden gehouden met een dagvaardingstermijn van drie maanden (art. 115 lid 2 Rv) en (4) dat verzoekers alsnog procureur (thans: gestelde advocaat) dienen te stellen (art. 123 Rv). (Rb. Amsterdam, 3 september 2002, LJN:AE7153, *Notaris Timman*).

De definitieve en volledige afwikkeling van de tussen gescheiden partijen bestaande huwelijkse voorwaarden, dient bij dagvaarding in plaats van bij verzoekschrift aanhangig te worden gemaakt, aldus Ktr Bergen op Zoom 24 april 2006, NJF 2006, 312, met toepassing van de wisselbepaling. Datzelfde geldt voor een vordering tot toedeling van een gemeenschappelijk goed, aldus Hof Amsterdam 5 januari 2006, LJN AV2755 en de vaststelling van een fuctieomschrijving met bijbehorende salarisinschaling, aldus Rb Zwolle/Lelystad 5 oktober 2004, LJN AR3629. De ontzetting van een executeur dient echter bij dagvaarding, in plaats van bij verzoekschrift, te worden gevorderd, aldus Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2005, JBPr 2006, 9 *Van den Booren/Van den Booren*.

4 Herstelexploot

Indien het inleidend gedingstuk - met name bij het instellen van een rechtsmiddel!! - een fout bevat, waardoor het met nietigheid is bedreigd, dreigt daarop de procedure stuk te lopen. Te onderscheiden zijn (a) gebreken die door de aanlegger van de procedure worden hersteld op eigen initiatief en (b) gebreken die op last van de rechter worden gerectificeerd.

4.1 Herstel op eigen initiatief

Er zijn drie soorten gebreken die middels een herstelexploot kunnen worden geredresseerd:

- een gebrek in een algemeen exploit dat tot nietigheid van het exploit leidt (art. 66 Rv): herstel kent geen termijn;
- een gebrek in een exploit van dagvaarding dat tot nietigheid leidt (art. 120 lid 2 Rv): herstel uiterlijk voor de roldatum met in acht neming van de termijn van dagvaarding;
- een gebrek bij het aanhangig maken van het exploit van dagvaarding, dat zelf aan de wettelijke vereisten voldoet (art. 125 lid 2 Rv): herstel binnen twee weken na de in de dagvaarding vermelde roldatum.

Voor het herstelexploot blijft ook onder het nieuwe recht bijzondere aandacht vereist. Herstel is na het verstrijken van de appel- of cassatietermijn maar eenmaal mogelijk; het herstelexploot moet dus in één keer goed zijn (vgl. HR 22 december 1995, NJ 1996, 314, *Morn/Happé*). Binnen de appeltermijnen kunnen evenwel net zoveel herstelexploten worden uitgebracht als u goed dunkt, zie HR 4 april 2003, NJ 2003, 418

Barnstijn/Paperclip. Zorg er ook voor dat de in het herstelexploot aangezegde rechtsdag een dag betreft waarop de rechter zitting houdt, omdat anders aan het herstelexploot geen gevolg kan worden verbonden: HR 5 december 1997, NJ 1998,193, *Briët/Mc Gonigal*.

Wees er tevens op bedacht dat voor een herstelexploot vereist is dat er iets te herstellen valt en dat een herstelexploot niet mag worden benut om een nieuwe rechtsdag aan te zeggen of een verandering van eis door te voeren.

HR 15 december 2000, NJ 2002, 33, *Grapendaal/Nationale Nederlanden* en HR 12 januari 2001, NJ 2002, 34, *Schermer/Vezo*:

Vooropgesteld moet worden dat een dagvaarding ertoe strekt de wederpartij op te roepen tegen een bepaalde rechtsdag. Het staat de partij die de dagvaarding heeft doen uitbrengen in beginsel niet vrij deze rechtsdag voor het verschijnen ervan te wijzigen. De uitzonderingen die op dit beginsel zijn toegelaten, zoals die vermeld in art 92 Oud Rv, betreffen uitsluitend gevallen waarin processuele fouten of verzuimen bij exploot worden hersteld.

Idem: Hof 's-Hertogenbosch, 30 maart 2004, NJF 2004, 356

Als uitzondering heeft wel te gelden dat degene die verschijnt op een onjuist exploot en die niet uitdrukkelijk bezwaar maakt tegen het exploot, geacht wordt impliciet te hebben ingestemd (HR 4 oktober 2002, RvdW 2002, 157 *Blees/Overes q.q.*).

Dit heeft met name gevolgen voor een dagvaarding die aan het einde van lopende termijnen is uitgebracht, zoals de dagvaarding na een gelegd conservatoir beslag. Het is immers niet ongebruikelijk dat na het leggen van het beslag, en voor de eerste zittingsdatum, partijen met elkaar in overleg treden met de bedoeling een minnelijke regeling te treffen. Indien die regeling in het verschieft leek te liggen, werd simpelweg met een herstelexploot – uitgebracht voor de eerste zittingsdag – een nieuwe rechtsdag aangezegd om de termijn voor de onderhandelingen te verruimen en mogelijk overbodig griffierecht te voorkomen.

Op grond van deze arresten van de Hoge Raad moet echter worden vastgesteld dat in die gevallen geen sprake was van een herstel van een met nietigheid bedreigd verzuim, zodat een dergelijk herstelexploot geen betekenis toekomt. Een oplossing kan gevonden worden door de oorspronkelijke dagvaarding niet tegen de eerste rechtsdag aan te brengen, waardoor de zaak niet op de rol komt te staan. Na die eerste rechtsdag kan vervolgens, mits met bekwame spoed en dus binnen twee weken, het “verzuim” worden hersteld door een nieuwe rechtsdag aan te zeggen op een langere termijn.

4.2 Rectificatie op last van rechter

Van het herstelexploot moet worden onderscheiden het rectificatie-exploot. De rechter kan het herstel van gebreken bevelen op kosten van eiser. In het nieuwe procesrecht, sedert 1 januari 2002, ligt het gezien de deformalisering van het procesrecht en de hang naar efficiency in de rede dat hiervan betrekkelijk veel gebruik wordt gemaakt.

Dat herstel kan (en soms: moet) bij exploit plaatsvinden.

Een dergelijk exploit wordt verwarrenderwijs ook herstelexploit genoemd. Ik zou een onderscheid willen maken tussen (a) een herstelexploit dat op initiatief van de eiser wordt uitgebracht om ofwel een nietigheid te helen ofwel een nieuwe rechtsdag aan te zeggen en (b) een rectificatie-exploit dat op initiatief van de rechter wordt uitgebracht.

De bevoegdheid voor de rechter rectificatie te gelasten, doet zich voor:

- ingeval van niet verschijnen van gedaagde, **terwijl** de dagvaarding nietig is, **moet** de rechter een rectificatie bij exploit (art. 121 lid 2 Rv) met aanzegging nieuwe rechtsdag bevelen;

In geval van niet verschijnen van gedaagde **omdat** de dagvaarding wegens de nietigheid de gedaagde niet heeft bereikt, **moet** de rechter de nietigheid uitspreken (art. 121 lid 3 Rv).

- in geval van verschijnen van gedaagde, **mag** de rechter rectificatie bevelen, al dan niet bij exploit.

Voor een rectificatie-exploit bestaat geen reden als het gebrek op andere wijze kan worden hersteld, zie HR 17 maart 2000, NJ 2000, 332 *Heinen & Hopman/De Graaf*.

Zie ook HR 30 juni 2006, JBPr 2006, 63 *Van Persijn/Hillebrandt* en HR 16 november 2001, NJ 2002, 401, *Ajax Fire Protection/Valk Logistics*, in welke beide zaken zowel sprake is van een herstelexploit ex art. 125 Rv als van een rectificatie-exploit ex art. 122 Rv. In *Van Persijn/Hillebrandt* werd gelast een rectificatie exploit uit te brengen omdat de woonplaats van eiser in de dagvaarding in hoger beroep ontbrak; in *Ajax Fire Protection/Vlak Logistic* had het volgens de Hoge Raad in de rede gelegen dat de appellant in hoger beroep in de gelegenheid werd gesteld de laatste bladzijde van het herstelexploit – die kennelijk ontbrak – bij rectificatie exploit te betekenen aan de geïntimeerde.

Laat u niet in verwarring brengen door de noot van Jongbloed onder JBPr 2006, 63: het onderscheid tussen herstel (op eigen initiatief) en rectificatie (op last van de rechter) staat hem niet helder voor ogen.

5 Procespartijen

Beoordeel ook of de procespartij wel bestaat en geen spookpartij is.

Dit geldt zowel ten aanzien van de eigen cliënt als ten aanzien van de wederpartij.

Het belang doet zich met name voor in hoger beroep: minderjarige is inmiddels meerderjarig geworden – vgl. Hof Leeuwarden, 15 juli 1992, NJ 1993,228 (*Van der Sluis/Van Dalen q.q.*), een rechtspersoon heeft de rechtsvorm gewijzigd of is failliet, wederpartij is verhuisd of heeft kantoor verplaatst, meerderjarige is onder bewind/curatele/mentoraat gesteld, eigen cliënt is overleden. Evenwel kan ook in eerste aanleg een probleem ontstaan, zie Vzngv 's-Hertogenbosch 2 juli 2007 JBPr 2008, 15 *Raijmakers/Van Lotringen en Tackenberg* waar één der gedaagden kort voor de dagvaarding was overleden.

Tot voor kort werd door de Hoge Raad betekenis toegekend aan de vraag of aan de

wederpartij bekend was dan wel redelijkerwijs bekend kon zijn, dat de procespartij heeft opgehouden te bestaan, zie HR 19 maart 2004, NJ 2004, 619, HR 10 september 2004, JBPr 2005, 2 *Euronext*, HR 25 november 2005, JBPr 2006, 5 *Gem. Haarlem/Koks Nilo* en HR 23 december 2005, JBPr 2006, 6 *A/Rodamco*.

Recentelijk is er evenwel een kentering gekomen en geldt als criterium bij een onjuiste naamsvermelding in een exploit slechts wat de wederpartij redelijkerwijs uit de dagvaarding heeft kunnen en moeten begrijpen, aldus HR 27 mei 2005, NJ 2006, 598 *Philip Morris/Van der Graaf*; HR 25 november 2005, NJ 2006, 559 *Haarlem/Agricol*, HR 22 juni 2007, JBPr 2007, 64 *Fisser/Tycho* HR 4 mei 2007, JBPr 2007, 60 *Jaczon/Konmar*.

In deze gevallen is geprocedeerd tegen een niet bestaande wederpartij. De keerzijde komt ook voor: het procederen voor een niet meer bestaande procespartij. Als onbegrijpelijk dieptepunt heeft daarbij te gelden Rb. Amsterdam 20 december 1938, NJ 1939, 906 *Becker/Timmer*, waarin sprake was van een hoger beroep dat werd ingesteld terwijl de appellante op de dag der dagvaarding reeds zeven maanden was overleden. Maar ook bij rechtspersonen kan het mis gaan. Ten aanzien van een onjuiste vermelding van de gedaagde lijkt enkel nog beslissend of de procespartij had moeten begrijpen dat het exploit ondanks de onjuiste tenaamstelling voor haar bestemd was.

Een eventuele fout kan worden afgestraft met een 'eigen beursje' (art. 245 Rv), waarbij de advocaat persoonlijk wordt veroordeeld in de proceskosten! Vgl. HR 12 december 1997, NJ 1998, 347.

De zorg voor de juiste procespartijen is vooral van belang indien de rechtsingang is gebonden aan termijnen.

- Eerste aanleg: verjaringstermijnen
- Hoger beroep/cassatie/verzet: rechtsmiddelentermijnen

6 Nietigheden

Indien niet is voldaan aan de formele vereisten van art 45 en art. 111 e.v. Rv is slechts sprake van nietigheid als de dagvaarding als gevolg van het verzuim de gedaagde niet heeft bereikt. Dat wordt dus alleen beoordeeld als de gedaagde niet is verschenen.

Als eisers hun adres voor de gedaagde geheim wensen te houden, rijst een probleem. Het exploit moet immers de woonplaats vermelden. Uit **Rb Arnhem 16 februari 2011, LJN 6123** – vervolg op LJN BO6162) blijkt dat dat voorschrift met name ten doel heeft verhaal van geliquideerde proceskosten mogelijk te maken als de eisers de procedure verliezen en kan worden opgelost door het uitbrengen van een herstelexploot (of vermelding in de dagvaarding) met een rechtstreekse garantstelling voor de proceskosten door – bij voorbeeld – een rechtsbijstandverzekeraar.

7 Procederen in kwaliteit

Beoordeel of een rechterlijke machtiging vereist is. Denk aan de volgende gevallen:

- Minderjarigen (art. 1:349 BW): Hof 's-Gravenhage, 30 november 1984, NJ 1985, 481 *Smallegange/De Eendracht*.

Een rechterlijke machtiging kan ook tijdens het geding in eerste aanleg of in hoger beroep worden verleend: aldus HR 17 juni 1955, NJ 1955, 572; HR 15 januari 1960, NJ 1960, 130, HR 5 maart 1971, NJ 1971, 260 *Janssen/Vloet*, HR 7 september 1984, NJ 1985, 32 *X/De Vries*, HR 20 november 1987, NJ 1988, 279 *A/Boudewijn* en HR 16 juni 2006, NJ 2006, 341 *Andela/Van der Ven*.

Degene die procedeert zonder machtiging – hoewel die wel vereist is - dient persoonlijk in de proceskosten te worden veroordeeld en niet in zijn kwaliteit van voogd of curator, omdat anders de kosten ten laste van de minderjarige resp. curandus zouden komen, HR 12 december 1975, NJ 1976, 569 *Van den Top*.

- Bewindvoerders (art. 1:443 BW)
- Faillissementscurator (art. 68 Fw).

Een machtiging van de rechter-commissaris aan de faillissementscurator kan eventueel achteraf worden verleend, aldus HR 16 november 1982, NJ 1983, 442 *Bouchard/Mr. Dekkers q.q.*. De machtiging is vormvrij.

De minderjarige heeft in beginsel geen procesbevoegdheid. Die bevoegdheid komt toe aan de ouder die het gezag uitoefent. Als daarmee geen land te bezeilen is, dient een bijzonder curator te worden benoemd (art. 1:250 BW).

In art. 1:377g BW is daarop een nogal schoorvoetende uitzondering te vinden: de rechter kan (maar hoeft niet) in te gaan op een verzoek van een minderjarige van 12 jaar en ouder te worden gehoord in verband met een gezagsvoorziening of omgangsregeling. Dit leidt overigens lang niet altijd tot succes. Niet gepubliceerd is het schrijnende geval van kinderen van 14 en 16 jaar oud die tot 2x aan de rechter uitdrukkelijk kenbaar hebben gemaakt bij vader te willen wonen, maar desondanks door de rechtbank te Breda aan de moeder werden toegewezen.

Hoewel dat niet in de wet is geregeld, heeft een minderjarige de mogelijkheid op te komen tegen een uithuisplaatsing (art. 1:261 BW) en wel op grond van art. 5 EVRM en 3 Verdrag Rechten van het Kind, New York 1989.

Hof 's-Hertogenbosch, 17 april 1998, NJ 1999, 80 *X/Raad voor de Kinderbescherming*: Een toegevoegd raadsman, die niet de medewerking krijgt van de met het gezag beklede ouder en evenmin zorg heeft gedragen voor de benoeming van een bijzonder curator, kan in spoedeisende gevallen de minderjarige rechtsgeldig vertegenwoordigen.

Procederen in kwaliteit doet zich ook voor indien de bevoegdheid voortvloeit uit overeenkomst (7:419-421 BW - lastgeving).

8 Bevoegde rechter

8.1 Bevoegde rechter

Te onderscheiden zijn de absolute bevoegdheid en de relatieve bevoegdheid.

Bij de absolute bevoegdheid wordt gekeken naar wat voor soort zaak het betreft: de

aard van het geschil bepaalt de bevoegdheid.

Dat was onder het oude rechtsvordering spannender dan het tegenwoordig is: de rechter in eerste aanleg is altijd de rechtbank, de hoger beroep instantie altijd het gerechtshof. De absolute competentie speelt dus enkel nog een rol voor het aanhangig maken van een zaken bij de juiste sector, d.w.z.: kantonrechter of rechtbank.

De absolute competentie van de kantonrechter is geregeld in art. 93 Rv:

1. vorderingen

(inclusief verschuldigde rente!) tot € 25.000 - tenzij de rechtstitel dat bedrag te boven gaat en die titel wordt betwist;

2. aardzaken:

- arbeidsovereenkomst;
- agentuurovereenkomst;
- huurovereenkomst;
- pachtovereenkomst (art. 128 Pw).

Als één van de vorderingen een "aardzaak" betreft en andere vorderingen daarmee samenhangen, is de kantonrechter ook ten aanzien van die andere vorderingen bevoegd (art. 94 Rv).

Relatieve competentie: bij welke rechtbank moet de zaak aanhangig worden gemaakt? Als uitgangspunt geldt: de rechter van de woonplaats van de gedaagde (art. 99 Rv). Als er meerdere gedaagden zijn, die in verschillende arrondissementen wonen, heeft de eiser de keuze (art. 107 Rv).

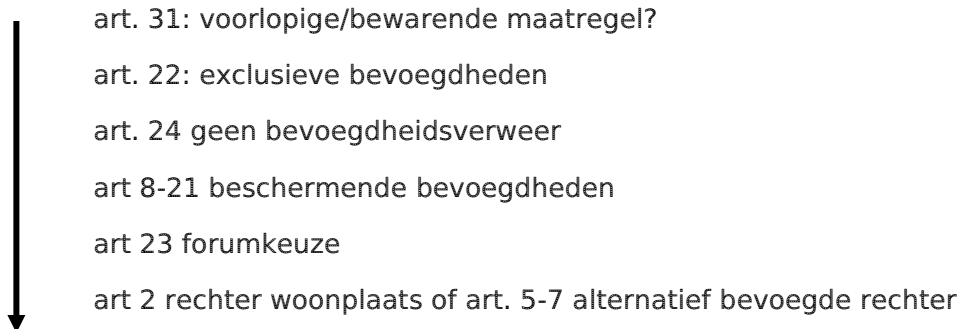
Alternatieve relatieve competentie:

- arbeidsovereenkomst (art. 100 Rv)
- consumentenzaken (art. 101 Rv)
- Verbintenis uit onrechtmatige daad (art. 102 Rv)
- Onroerende zaken (art. 103 Rv)
- Nalatenschappen (art. 104 Rv)
- Rechtspersonen etc. (art. 105 Rv)
- Faillissement etc. (art 106 Rv).
- Exclusieve bevoegdheid:
- Forumkeuze bij overeenkomst (art. 108 Rv)
- Overeenkomst tot arbitrage (art. 1022 Rv).

8.2 EX-Verordening

Hoofdregel is art. 2 EX-Vo: in beginsel is de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd van de hoofdzaak kennis te nemen.

De toepasselijkheid van een bevoegdheid die afwijkt van de hoofdregel van art 2 EX-Vo, dient te worden beoordeeld aan de hand van de zogenaamde EX-Vo-ladder:



8.3 Art. 31 EX-Vo, voorlopige voorziening, bewarende maatregel

Wat zijn voorlopige voorzieningen onder de EX-Vo?

- Conservatoir beslag ex art 700 Rv: altijd rechterlijk verlof vereist, tenzij conservatoir beslag wordt gelegd tijdens verzet termijn op verkregen exequatur (art. 47 EX-Vo);

Een beslagverlof wordt ex parte gegeven: het betreft een voorlopige maatregel die wordt toegestaan zonder dat de wederpartij in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord en waarbij het de bedoeling is dat zij ten uitvoer wordt gelegd zonder voorafgaande betekening aan de wederpartij. Een dergelijke ex parte gegeven beslissing valt niet onder de EX-Vo en is dus niet voor erkenning en ten uitvoerlegging in een ander EU land vatbaar. Zie HvJ EG 21 mei 1980, C-125/79, ECR 1553, NJ 1981, 184 *Denilauler/Couchet Frères*, HvJ EG 14 oktober 2004, C-39/02, ECR I-7007, NJ 2007, 389 *Maers/De Haan*, HR 29 september 2006, NJ 2007, 393 m.nt. K.F. Haak, *Nordsjöfrakt/Westereems*, HR 7 november 2008, JBPr 2009, 11, NJ 2008, 579 *Realchemie/Agrar*.

- Geschillenbewind ex art. 710 Rv;
- Gerechtelijke bewaring ex art. 446 Rv;
- Voorlopig getuigenverhoor ex art. 186 Rv;

Tenzij het strekt om te beoordelen of een procedure zinvol is, aldus HvJ EG 28 april 2005, JBPr 2005, 47 *St. Paul/Unibel* en Hof Amsterdam 27 april 2006, NJF 2006, 402 *St. Paul/Unibel*.

Derhalve moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 24 Executieverdrag (HAS: thans art. 31 EX-Vo) aldus moet worden uitgelegd dat een maatregel waarbij het verhoor van een getuige wordt gelast, teneinde de aanvrager daarvan in staat te stellen in te schatten of een eventuele vordering opportuun is, de rechtsgrondslag van die vordering te bepalen en de relevantie te beoordelen van de middelen die in dat verband kunnen worden aangevoerd, niet onder het begrip "voorlopige of bewarende maatregelen" valt.

- Voorlopig deskundigenbericht ex art 202 Rv;

- Kort geding, tenzij incasso kort geding waarbij (a) geen zekerheid wordt gesteld voor terugbetaling en (b) vordering slechts betrekking heeft op bepaalde vermogensbestanddelen binnen territorium aangezochte KG-rechter (aldus HvJ EG 17 november 1998, NJ 1999,339 *Van Uden/Deco-Line*).

Kortom: het begrip “voorlopige of bewarende maatregelen” moet restrictief worden uitgelegd en daaronder moeten worden verstaan maatregelen die bedoeld zijn om een feitelijke situatie of rechtssituatie in stand te houden ter bewaring van rechten waarvan de erkenning voor het overige wordt gevorderd door de rechter die van het bodemgeschil kennis neemt. Aldus het Europees Hof, dat er tevens op wijst:

Het toestaan van dergelijke maatregelen vergt van de rechter niet alleen bijzondere behoedzaamheid, maar ook gedegen kennis van de concrete omstandigheden waarin de maatregel effect moet sorteren. In het algemeen moet hij aan zijn maatregel alle voorwaarden verbinden die het voorlopige of bewarende karakter van de door hem gelaste maatregel waarborgen.

8.4 Art. 22 EX-Vo, exclusieve bevoegdheden

Art. 22 EX-Vo ziet op

- Registergoederen;
- Vennootschappen;
- inschrijving in openbare registers;
- registratie van octrooien, merken, tekeningen en modellen.

8.5 Art. 24 EX-Vo, stilzwijgende aanvaarding rechtsmacht

De bevoegdheid kan stilzwijgend worden aanvaard, bijv. door verstek. Een later verzet, waarbij beroep wordt gedaan op onbevoegdheid, kan als strijdig met goede procesorde worden gepasseerd.

Uitsluitend verschijnen om beroep te doen op onbevoegdheid is geen erkenning van bevoegdheid.

8.6 Art. 8-21 EX-Vo, beschermende bevoegdheden

Deze artikelen hebben betrekking op:

- verzekeringszaken (art. 8-14);
- consumentenovereenkomsten (art. 15-17)

Tenzij consument actief een verkoper in ander land benadert, dan zijn deze artikelen niet van toepassing. Dus wel als de verkoper zich beroepsmatig richt op consument in ander land (vgl.

Internet).

- individuele arbeidsovereenkomsten (18-21) – zie ook de uitzondering van art. 64 voor Griekse en Portugese schepelingen.

Uitzonderingen (art. 13, art. 17, art. 21): degene wiens bescherming wordt beoogd heeft *nadat geschil is ontstaan* een overeenkomst gesloten met forumkeuze.

8.7 Art. 23 EX-Vo, forumkeuze

Forumkeuze in overeenkomst.

8.8 Art. 5 -7 EX-Vo, Alternatieve bevoegdheid

Na de bovengenoemde exclusieve bevoegdheid kan er sprake zijn van een alternatieve bevoegdheid: waarbij de bevoegdheid van art. 2 EX-Vo staat naast die van artt 5-8 EX-Vo.

Art. 5 (a) EX-Vo: verbintenis uit overeenkomst: plaats waar verbintenis moet worden uitgevoerd; dat is bij verbintenis uit koopovereenkomst roerende zaak: plaats van levering zaak en bij verbintenis tot verstrekking van diensten: plaats waar dienst geleverd moet worden (aldus art. 5 sub b). De beoordeling vindt plaats aan de hand van het recht van de plaats waar de verbintenis moet worden uitgevoerd. Dat levert mogelijke conflicten op, denk aan breng- of haalschuld. (Zie ook uitzondering van art. 63 voor Luxemburg).

Art. 6 EX-Vo: cumulatie van verweerders, voeging, reconventie (zie ook uitzondering van art 65 voor Duitsland, Oostenrijk, Hongarije).

Art. 6 lid 1 Ex-Vo. Als er meerdere gedaagden zijn, kunnen zij allen worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van één van hen. Daarvoor is vereist dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. De tegen de verschillende gedaagden ingestelde vorderingen hoeven niet dezelfde rechtsgrondslag te hebben. Vereist is slechts dat tussen de vorderingen een verband bestaat op het tijdstip waarop zij worden aangebracht (aldus HvJ EG 27 september 1988, C-189/87, NJ 1990, 425, *Kalfelis/Schröder*). Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of tussen de verschillende vorderingen in het concrete geval een verband bestaat. Als op het moment van instellen van de vorderingen die samenhang aanwezig is, hoeft niet vast te staan dat de vorderingen niet enkel zijn ingesteld op één van de gedaagden te onttrekken aan de bevoegdheid van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft (aldus HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06 JBP 2008, 1 *Freeport/Olle Arnoldson*). Een toetsing zoals in art. 6 lid 2 Ex-Vo ("tenzij de vordering is ingesteld om de opgeroepene af te trekken van de rechter die deze verordening hem toekent"), is mitsdien niet aan de orde. Dat geldt ook als de eiser in zijn vordering tegen de eerste gedaagde (d.w.z. degene wiens woonplaats de rechterlijke bevoegdheid bepaalt) reeds ten tijde van het instellen van de vordering niet ontvankelijk wordt geacht (zie HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, Jur. 2006, p. I-6827 *Reisch Montage AG/Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*).

Art. 7 EX-Vo: aansprakelijkheid schip.

8.9 Art. 27 – 30 Aanhangigheid en samenhang

Een zaak is aanhangig wanneer is voldaan aan betekenisvereisten van land waar betekend moet worden (art. 30 EX-Vo), ongeacht vraag of dat land ook bevoegd is van de hoofdzaak kennis te nemen.

Gerecht waar de zaak het eerst is aangebracht is bevoegd, ander gerecht houdt de zaak aan (art. 27 EX-Vo).

Vgl HvJ EG 6 juni 2002, NJ 2006, 321: een buitenlandse beslissing in kort geding waarbij een schuldenaar wordt gelast bepaalde handelingen achterwege te laten, is onverenigbaar met een beslissing in kort geding in de aangezochte staat tussen dezelfde partijen waarbij het treffen van een dergelijke maatregel werd geweigerd. In dat geval kan op de veroordelende beslissing geen exequatur worden verleend.

Daarom: eventueel denken aan verkeerd inleidend gedingstuk met toepassing wisselbepaling (indienen verzoekschrift met toepassing van art. 69 Rv) om bevoegdheid van Nederlandse rechter te creëren bij cumulatie van bevoegdheid.

8.10 Betekeningsperikelen

Op de betekening is de Betekeningsverordening van toepassing (Bet-Vo). De Bet-Vo is per 31 mei 2001 inwerking getreden voor alle lidstaten, m.u.v. Denemarken.

Uitgangspunt is dat in iedere lidstaat een Verzendende instantie is ingesteld, die bevoegd is gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken te verzenden ter betekening of ter kennisneming in een andere Lidstaat, en een Ontvangende instantie die bevoegd is dergelijke stukken uit een ander land in ontvangst te nemen.

Art. 56 Rv: Nederlandse deurwaarder is verzendende instantie en verzorgt verzending naar “ontvangende instantie” van woonplaats gedaagde.

Zorg voor vertaling in taal van land gedaagde. Dat is niet altijd noodzakelijk (namelijk niet als gedaagde Nederlandse taal machtig is en instemt met stukken in Nederlandse taal, zie art. 8 Bet-Vo). Bovendien kan een stuk dat wordt geweigerd omdat het niet is vertaald, alsnog in vertaling *onverwijld* toegezonden worden (aldus HvJ EG 8 november 2005, JPBr 2006, 1 *Leffler/Berlin Chemie*).

Betekening aan laatst bekende advocaat/ deurwaarder in de vorige gerechtelijke instantie conform art 63 Rv: hoeft niet meer binnen veertien dagen alsnog gevolgd te worden door betekening via deurwaarder en via ontvangende instantie (zoals nog werd aangenomen in HR 25 juni 2004, NJ 2004, 451), zie HR 18 december 2009, NJ 2010, 111, JBPr 2010, 7 *Demarara*.

Moment van betekening: moet worden beoordeeld naar het interne recht van het land

waar de betekening plaats moet vinden (art. 9 Bet-Vo). Nederland heeft geopteerd voor een mogelijkheid om, indien de betekening aan termijnen is gebonden, de datum van verzending door de deurwaarder aan de Ontvangende instantie als betekeningdatum te aanvaarden (art. 56 lid 3 Rv, aldus ook HR 17 januari 2003, NJ 2003, 113).

Naast betekening via Verzendende en Ontvangende instantie, regelt de Bet-Vo betekening langs diplomatieke weg (art. 12 Bet-Vo).

Interessanter voor de praktijk is evenwel dat in art. 14 Bet-Vo is bepaald dat betekening of kennisgeving rechtstreeks aan de wederpartij per post kan en dat (art. 15 Bet-Vo) de stukken ook rechtstreeks gestuurd kunnen worden aan de instantie in het ontvangende land die voor betekening zorg moet dragen, veelal een plaatselijke deurwaarder. De Bet-Vo stelt geen rangorde vast tussen betekening via Verzendende en Ontvangende instantie enerzijds en betekening door verzending per post anderzijds. Als die beide samenlopen, geldt als datum van betekening de eerst geldig verrichte betekening, aldus HvJ EG 9 februari 2006, JBPr 2006, 28 *Plumex/Young Sports*.

Als verschenen wordt terwijl niet aan de betekeningvoorschriften is voldaan, is er geen belang bij verzet tegen die onjuistheid, kortom: verschijnen dekt nietigheid, aldus Hof 's-Gravenhage 31 januari 2006, JBPr 2006, 46 *Haven van Vlissingen/Olau Line* en Hof 's-Hertogenbosch 21 september 2006, NJF 2006, 575 *PMAG/LJPM*, anders Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJF 2006, 532 *Magnus/Octopus*.

8.11 Rechtsmacht

Volgens het oude recht werd de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beheerst door verdragen.

De belangrijkste zijn:

- Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX), voor het laatst gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van San Sebastian;
- Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Verdrag van Lugano, EVEX);
- Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR);
- Verdrag tussen Nederland en België betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen (Belgisch Nederlands Executieverdrag 1925).

Per 1 maart 2002 zal de EG-executieverordening in werking treden in de plaats van het EEX. De verordening heeft directe werking. (Zie ook P. Vlas, WPNR 2000/745).

Daarnaast was sprake van enkele verspreide wettelijke bepalingen.

814 Oud Rv regelde de rechtsmacht ingeval van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk. Die rechtsmacht is nu terug te vinden in 4 Rv.

429c, lid 5 Oud Rv regelde de rechtsmacht ingeval van bewind, curatele e.d. Die bepaling is thans terug te vinden in 266 Rv.

Voor het gros van de praktijk verandert er niets: de in Nederland woonachtige verweerder wordt in Nederland gedaagd (2 Rv) of opgeroepen (3 Rv).

2 Rv

In zaken die bij dagvaarding moeten worden ingeleid, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht indien de gedaagde in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft.

3 Rv

In zaken die bij verzoekschrift moeten worden ingeleid, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht indien:

a. hetzij de verzoeker of, indien er meer verzoekers zijn, een van hen, hetzij een vvan de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft,

b. het verzoek betrekking heeft op een bij dagvaarding ingeleid of in te leiden geding ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, of

c. de zaak anderszins voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is.

De rechtsmacht ten aanzien van echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontbinding van het huwelijk en geregistreerd partnerschap is geregeld in de eerste titel (4 Rv).

De nieuwe wet bevat algemene wettelijke regels voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Deze regels zijn van toepassing op zaken die niet op grond van een verdrag tot de rechtsmacht van een andere rechter behoren, alsmede op zaken waarop die verdragen niet van toepassing zijn. Aldus wordt een bijna gesloten stelsel van rechtsmacht geregeld, anders dan onder het oude recht waarbij het enkele feit van de woonplaats van de eiser rechtsmacht scheidt voor de Nederlandse rechter (vgl. 126 lid 3 Oud Rv).

Zie ook Jacobien W. Rutgers, *Rechtsmacht van de Nederlandse rechter*, Adv. BI. 2000/364

Op grond van de parlementaire geschiedenis moet men evenwel constateren dat de aandacht geheel is uitgegaan naar het EEX en het EVEX, met andere bevoegdheidsverdragen is niet of nauwelijks rekening gehouden.

Partijen kunnen de Nederlandse rechter bevoegd, of juist onbevoegd, verklaren, indien de rechtsbetrekking tot hun vrije beschikking staat.

8 Rv

1. De Nederlandse rechter heeft rechtsmacht indien partijen met betrekking tot een bepaalde rechtsbetrekking die tot hun vrije bepaling staat, bij overeenkomst een Nederlandse rechter of de Nederlandse rechter hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van die rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, tenzij daarvoor geen redelijk belang aanwezig is.

2. De Nederlandse rechter heeft geen rechtsmacht indien partijen met betrekking tot een bepaalde rechtsbetrekking die tot hun vrije bepaling staat, bij overeenkomst een rechter of de rechter van een vreemde staat bij uitsluiting hebben aangewezen voor de kennisneming van hun geschillen welke naar aanleiding van die rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan.

Bij een forumkeuze regelde tot 1 januari 2002 17 EEX de bevoegdheid van de rechter, indien een van partijen woont of gevestigd was in een verdragsluitende staat. Als 17 EEX niet van toepassing was, moest de bevoegdheid van de rechter worden vastgesteld aan de hand van HR, 1 februari 1985, NJ 1985/698 (Piscator) en HR, 25 oktober 1988, NJ 1989/765 (Harvest Trader).

In lid 2 wordt de keerzijde van het Piscator-arrest geregeld.

De wetgever wil zaken die niet echt in Nederland thuis horen kennelijk buiten de deur houden. Het vangnet-artikel (9 Rv) is nogal stringent geformuleerd en werpt een vrijwel onoverkomelijke hindernis op voor procedures die niet op een van de artikelen 2 t/m 8 Rv kunnen worden gegrond.

9 Rv

Komt de Nederlandse rechter niet op grond van 2 tot en met 8 rechtsmacht toe, dan heeft hij niettemin rechtsmacht indien:

- het een rechtsbetrekking betreft die ter vrije bepaling van partijen staat en de gedaagde of belanghebbende in het geding is verschenen ..., tenzij voor de Nederlandse rechter geen redelijk belang aanwezig is;
- een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt, of
- een zaak die bij dagvaarding moet worden ingeleid voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is en het onaanvaardbaar is van de eiser te vergen dat hij de zaak aan het oordeel van een rechter van een vreemde staat onderwerpt.

Het artikel holt bovendien 767 Rv verder uit, dat bepaalt dat na een vreemdelingenbeslag, de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ten aanzien van de hoofdvordering, indien niet een in Nederland voor executie vatbare titel kan worden verkregen.

In het oude stelsel schept 767 Rv een subsidiaire rechtsmacht van de Rechtbank waarvan de voorzieningenrechter (voorheen: president) verlof tot het leggen van beslag heeft verleend. Die subsidiaire rechtsmacht vindt haar oorzaak in de volgende onderscheidingen:

- Geschil tussen twee inwoners van Nederland. Woonplaats gedaagde in Nederland schept rechtsmacht (2 Rv);

- Geschil tussen een Nederlandse inwoner met een inwoner van een ander land.
 - a. EEX/EVEX: bevoegde EEX/EVEX rechter heeft rechtsmacht
 - b. Arbitrage: bevoegde arbiter heeft rechtsmacht

In beide gevallen kan een in Nederland voor executie vatbare titel worden verkregen.

- Geschil tussen twee buitenlanders. Behoudens enig jurisdictiebeding is er geen rechtsmacht voor de Nederlandse rechter. Uitsluitend voor dit geval is 767 Rv geschreven. Onder het nieuwe rechtsvordering zal echter een procedure buiten Nederland niet snel “onmogelijk” blijken (9 sub b Rv).

Onder het huidige recht zal men zich dus allereerst moeten afvragen of een andere rechter dan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt aan de hand van de internationale verdragen. Pas als op grond van die verdragen geen rechtsmacht bestaat, komen de regels van het nieuwe rechtsvordering aan bod.

Dit lijkt ingrijpender dan het is. Het is enkel een andere manier van denken: niet eerst kijken hoe in vredesnaam de procedure in NL aanhangig gemaakt kan worden om vervolgens tot de ontdekking te komen dat EEX/EVEX een ander forum aangeven, maar je eerst afvragen of deze buitenlander niet in het buitenland gedaagd dient te worden.

Ten aanzien van buitenlanders heeft de Nederlandse rechter ook rechtsmacht in bepaalde gevallen:

Wat	Voorwaarde	Hoe	Welke rechter	Art
Echtscheiding c.a.	Beide echtgenoten zijn Nederlander en Verzoeker woont in NL	Verzoekschrift	Woonplaats Verzoeker	4 lid 1 sub a Rv
	Beide echtgenoten zijn Nederlander en wonen beide in het buitenland	Verzoekschrift	Rechtbank 's-Gravenhage	4 lid 1 sub b Rv
	Verzoeker woont tenminste een jaar in NL, maar heeft	Verzoekschrift	Rechtbank Woonplaats Verzoeker	4 lid 1 sub b Rv

	buitenlandse nationaliteit.			
	Verweerder woont tenminste een jaar in NL, maar heeft buitenlandse nationaliteit.	Verzoekschrift	??	4 lid 1 sub b Rv
	Verzoeker woont tenminste een ½ jaar in NL, en heeft NL nationaliteit.	Verzoekschrift	Rechtbank Woonplaats Verzoeker	4 lid 1 sub b Rv
	Verweerder woont tenminste een ½ jaar in NL, en heeft NL nationaliteit.	Verzoekschrift	??	4 lid 1 sub b Rv
Geregistreerd partnerschap	In NL aangegaan	Verzoekschrift	Rechtbank Woonplaats Verzoeker	4 lid 2 Rv
	In buitenland aangegaan. Voor nationaliteit en woonplaats: zie echtscheiding c.a.	Verzoekschrift		
Verbintenis < € 5.000	die in NL moet worden uitgevoerd	Dagvaarding	Kantonrechter woonplaats gedaagde	6 sub a Rv j° 38 lid 1 RO
Verbintenis > € 5.000	die in NL moet worden	Dagvaarding	Rechtbank woonplaats	6 sub a Rv j° 53

	uitgevoerd		gedaagde	RO
Arbeidsovk, agentuurovk.	Arbeid wordt gewoonlijk in NL verricht	Dagvaarding	Kantonrechter	6 sub b Rv j° 38 lid 2 RO
Consumentenovereenkomst	Consument woont in NL en heeft in NL de overeenkomst gesloten	Dagvaarding	Kantonrechter/Rechtbank	

8.12 Absolute bevoegdheid

Alle zaken worden in eerste aanleg voor de rechtbank gebracht. Er bestaat een sectorindeling:

Kantonrechter: zaken met een financieel belang tot € 25.000 en “aardzaken” (art 93 Rv);

Rechtbank: alle overige zaken

Dat de tot aan de dag der dagvaarding verschenen rente tevens het beloop van de vordering bepaalt, zoals is uitgemaakt in HR, 7 januari 1926, NJ 1926/297 (Vogelzang/Kunstmesthandel) is nu gecodificeerd. Het maakt daarbij geen verschil of de rente verschuldigd is krachtens de wet of krachtens overeenkomst, aldus ook HR, 16 oktober 1987, NJ 1988/1014 (Bladrie/AMRO).

Sub b is eveneens codificatie van rechtspraak, zie HR, 29 oktober 1925, NJ 1925/1270 (Van Geemen/Meelfabriek).

8.13 Relatieve bevoegdheid

De relatieve competentie wordt geregeld in de artikelen 99 tot 110 Rv. Hoofregel is dat de rechter bevoegd is van de woonplaats van de gedaagde *tenzij de wet anders bepaalt* (99 Rv).

9 Niet-ontvankelijkheid (JBPr 2009, p. 176)

9.1 Algemeen

Niet iedere vordering komt in aanmerking voor een inhoudelijke beoordeling door een rechter. Indien de dagvaarding geldig is en de rechter bevoegd is om van het verzoek of vordering kennis te nemen, kunnen er desondanks omstandigheden zijn op grond waarvan hij aan een inhoudelijke toetsing niet toekomt en de niet-ontvankelijkheid uit zou moeten spreken.

Iedere rechtgeaarde advocaat eindigt de conclusie van antwoord dan ook met de conclusie dat de eiser “niet ontvankelijk verklaard dient te worden, althans hem de vordering dient te worden ontzegd”. Een overmoedig advocaat concludeert zelfs tussentijds –bij incidentele conclusie van eis¹ - tot niet ontvankelijkheid en laat de hoofdzaak voorlopig op zijn beloop. Maar wat is niet ontvankelijkheid? En wanneer is daarvan sprake?

Zonder volledigheid te beogen, probeer ik aan de hand van wet en rechtspraak tot een indeling te komen, waarmee in de praktijk een grondslag voor “niet-ontvankelijkheid” kan worden gevonden – ook in die gevallen dat de wetgever er een ander etiket aan hecht.

9.2 Literatuur

In de literatuur wordt niet veel aandacht besteed aan de niet-ontvankelijkheid. Wellicht omdat het onderwerp gezien wordt als een “non-discussie”; de kwestie laat zich in de rechtspraak immers eenvoudig oplossen door simpelweg de vordering of het verzoek af te wijzen. Dat maakt de noodzaak om na te denken over de ontvankelijkheidsvraag betrekkelijk gering.

“Niet-ontvankelijkheid” valt evenals “ontzegging van de vordering” immers onder het begrip “afwijzing” (aldus ook Hugenholtz/Heemskerk (2006), nr 118, Snijders/Ynzonides/Meijer (2002), nr. 160 en Van Rossem/Cleveringa, aant. 1 op art. 44 Oud-Rv). Er bestaat evenwel een verschil. In geval van niet-ontvankelijkheid komt de rechter aan een inhoudelijke beoordeling van het ingeroepen materiële recht niet toe, terwijl bij ontzegging van de vordering inhoudelijke beoordeling van het ingeroepen rechtsgevolg niet leidt tot toewijzing. Ik teken daarbij aan dat als de aangevoerde stellingen het ingeroepen rechtsgevolg niet kunnen dragen, de rechter niet aan inhoudelijke beoordeling van het ingeroepen rechtsgevolg toekomt en dus ook de niet-ontvankelijkheid zal moeten uitspreken. Daarvoor is bepalend dat het in de loop van het geding – en dus niet enkel bij dagvaarding - gestelde, getoetst aan de wet, de toewijzing van de vordering niet kan rechtvaardigen (HR 24 mei 1957, NJ 1959, 10 *Van Vliet/Vricon*).

Anders dan “ontzegging van de vordering” staat “niet-ontvankelijkheid” er in beginsel niet aan in de weg alsnog een procedure aanhangig te maken om het materiële geschil te doen beoordelen, indien en zodra de gronden voor de uitgesproken niet-ontvankelijkheid zijn komen te vervallen (in gelijke zin Hugenholtz/Heemskerk (2006), nr 118). Dat geldt niet alleen als sprake was van een formeel gebrek (de voogd

¹ Zie de discussie tussen H.W. Wiersma en mij in JBPr 2007, pag 323 e.v.

procedeerde zonder machtiging, maar heeft alsnog een machtiging verkregen), maar ook als de oorspronkelijk opgeworpen stellingen het beoogde rechtsgevolg niet konden dragen.

Als de gronden voor de niet-ontvankelijkheid niet zijn komen te vervallen zal de aanlegger opnieuw niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Niet op de gronden die leidden tot de eerste niet-ontvankelijkheid, maar op grond van het feit dat het eerste vonnis zich er in dat geval tegen verzet dat opnieuw beslist wordt over de niet-ontvankelijkheid, aldus ook E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Gouda Quint, Arnhem 1994, nr. 5.7.1.

Als de gronden voor de niet-ontvankelijkheid wèl zijn komen te vervallen – en er zich geen andere beletselen voordoen voor een inhoudelijke beoordeling van de materiële rechtsvraag - zal een nieuw aanhangig gemaakt geding tot een beoordeling van het ingeroepen rechtsgevolg moeten leiden.

Als de vordering is ontzegd, verzet het gezag van gewijsde zich tegen een nieuwe beoordeling van de materiële rechtsvraag.

Als de vordering of het verzoek is afgewezen, zal een nieuw geding mogelijk zijn, doch uitsluitend indien de afwijzing gestoeld is op een zuivere niet-ontvankelijkheid.

Er zijn in de literatuur vier stromingen te onderscheiden:

1. Niet ontvankelijk is degene wiens stellingen niet kunnen leiden tot toewijzing van het ingeroepen rechtsgevolg

Stein/Rueb, (2007) p. 198:

Is de rechter van oordeel dat het door de eiser gestelde, zelfs indien bewezen, niet de toewijzing van de vordering kan schragen, dan zal hij veelal zijn afwijzing uitspreken in de vorm van een niet-ontvankelijkverklaring.

J.P. Fokker, *De civiele uitspraak*, in: Het civiele vonnis, Kerckebosch, Zeist, 2004, p. 53:

Als de eisende partij niet aan de stelplicht heeft voldaan, zal het beoogde rechtsgevolg niet kunnen intreden. De partij zal niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in haar vordering.

2. Voor niet-ontvankelijkheid is plaats als de vordering niet kan slagen om een reden die buiten de zaak zelf is gelegen.

Aldus Hugenholtz/Heemskerk (2006) nr 118,

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Kluwer, Deventer 2004, pag 320 e.v.

3. Een combinatie van 1. en 2. treft men bij H.L.G. Wieten, *Procederen in eerste aanleg*, Kluwer, Deventer 2007, pag. 24

Voor niet-ontvankelijkverklaring is plaats als de rechter niet aan inhoudelijke beoordeling toekomt, omdat niet aan bepaalde procesrechtelijke vereisten is voldaan. (...) Ook als de door de eiser gestelde gronden de vordering niet kunnen dragen, volgt een niet-ontvankelijkverklaring.

4. “niet-ontvankelijkheid” is een vorm van afwijzing van een vordering:

Aldus Snijders/Ynzonides/Meijer, (2002), nr. 160

Idem Van Rossem/Cleveringa (aant. 1 op art 44 Rv):

Gaat de rechter tot een beoordeling over en leidt deze hem tot afwijzing, dan kan hij zijn mening te kennen geven op elke taalkundig passende wijze; aan bepaalde woorden is hij daarbij niet gebonden. Hij kan dus even goed zijn oordeel samenvatten in de uitspraak, dat hij de vordering “afwijst” , als dat hij haar “ontzegt” of “niet-ontvankelijk verklaart”.

Noot: Desgelijks Star Busmann, nos 235-238, HR 25 april 1925, NJ 1925, blz. 685, W 11383 (met noot Star Busmann); 11 mei 1939, NJ 1939, 979 (met noot Meijers).

Men heeft dikwijls allerlei kunstmatige verschillen geconstateerd tussen ontzeggingen en niet-ontvankelijkverklaringen en daaraan allerhande diepzinnige beschouwingen vastgeknoopt (verg. bijv. Tieleman, Th 1921, blz 61-106; Stein, Compendium (1968), blz. 156), welke onvruchtbaar zijn, nu het stellige recht geen onderscheid ertussen kent. Juist doordat dit onderscheid niet bestaat, kon het feitelijk gebruik der termen in de loop der tijden verschuiven, gelijk het dit ook inderdaad deed: zie Meijers, TvR I, blz. 151-155.

De visie van Van Rossem/Cleveringa verdient, al was het maar in het licht van de huidige wetgeving en rechtspraak, geen steun. De visie van Hugenholtz/Heemskerck miskent dat de Hoge Raad een beroep op niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang beschouwt als een verweer ten principale, terwijl de visie van Stein/Rueb onvoldoende recht doet aan de verschillende gronden voor niet-ontvankelijkheid die zijn te onderscheiden.

Ik sluit mij (geclausuleerd) aan bij de omschrijving van Wieten: van niet-ontvankelijkheid dient sprake te zijn als weliswaar de dagvaarding geldig is en de rechter bevoegd is, maar de rechter desondanks niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van het ingeroepen rechtsgevolg. Er zijn evenwel meer gronden voor niet-ontvankelijkheid dan Wieten aangeeft. Het gaat niet enkel om procesrechtelijke vereisten en stellingen die het rechtsgevolg kunnen dragen, maar om ieder beletsel de zaak inhoudelijk te beoordelen, waarbij absolute gronden (tijdsverloop, berusting, alternatieve geschilbeslechting voorhanden) en tijdelijke gronden zijn te onderscheiden.

Ook in wet en rechtspraak wordt slordig met het begrip “niet-ontvankelijkheid” omgesprongen en wordt onder dat begrip tal van formele beletselen geschaard.

Zie HR 26 januari 2007, NJ 2007, 75 Gorissen/Dautzenberg: “de ... uitgesproken niet-ontvankelijkheid betreft in wezen een onbevoegdheidsverklaring uit hoofde van het geschil ...”

In sommige gevallen rept de wetgever van “afwijzing van de vordering” waar “ontzegging” is bedoeld. Zie art. 7:303 BW (ontzegging vordering huurprijsverhoging bedrijfsruimte gegrond op verbeteringen aangebracht op kosten van de huurder).

Ook komt het voor dat de wetgever “afwijzing van de vordering” hanteert, terwijl kennelijk “niet-ontvankelijkheid” bedoeld is. Zie art. 2:92a/201a lid 4 BW, 2:100 lid 3 BW, art. 2:110/220 BW, art. 7:267 BW, art. 7:268 BW, art. 7:296 BW, 7:363 BW, 7:629a BW, art. 7:658b BW, art. 1019a Rv.

De wetgever maakt het er niet duidelijker op door in geval van een verzoekschriftprocedure in een aantal gevallen te bepalen dat een verzoek moet worden afgewezen, hoewel het equivalent van “ontzegging van de vordering” is bedoeld (zie art. 1:252 lid 3 BW, art. 1:377c BW, art. 641a Rv), terwijl in andere gevallen “niet-ontvankelijkheid” is bedoeld (zie art. 7:907 BW, 7:910, art. 1060 lid 6 Rv, art. 1061 lid 5 Rv).

Nu de literatuur geen duidelijk beeld is te onderscheiden over een antwoord op de vraag wanneer sprake is van niet-ontvankelijkheid, is het evenwel noodzakelijk de wetgeving en rechtspraak nader te beschouwen. Aan de hand van de wetgeving en rechtspraak zijn de gronden voor niet-ontvankelijkheid te onderscheiden in absolute en tijdelijke gronden. In geval van absolute beletselen voor ontvankelijkheid is herstel niet mogelijk, terwijl in geval van tijdelijke beletselen aan een beoordeling van het materiele geschil kan worden toegekomen als de beletselen zijn komen te vervallen.

Met betrekking tot de absolute gronden voor niet-ontvankelijkheid onderscheid ik tijdsverloop, het instellen van een onjuist rechtsmiddel, berusting en de aanwezigheid van een alternatieve rechtsgang of wijze van geschilbeslechting. Tot de tijdelijke

gronden voor niet-ontvankelijkheid reken ik het ontbreken van (voldoende) belang, het ontbreken van procespersoonlijkheid, het ontijdig instellen van een rechtsmiddel, het niet voldoen aan vormvereisten, het aanhangig maken van een procedure hoewel niet alle voorgeschreven stukken voorhanden zijn en de niet-tijdige voldoening van vast recht of een andere voorgeschreven vergoeding.

9.3 Absolute gronden voor niet-ontvankelijkheid

9.4 Tijdsverloop

Het aanwenden van een rechtsmiddel, na het verstrijken van de daarvoor geldende termijn, leidt tot niet-ontvankelijkheid. De termijnen zijn van openbare orde en de rechter zal dus ambtshalve hebben te onderzoeken of de termijn niet is verstreken (HR 5 juni 1998, NJ 1998, 642).

Zie:

Verzet art. 143 Rv

Zie ook art. 11 Uitvoeringswet Haags Betekeningsverdrag 1965 en art. 7 lid 3 Uitvoeringswet EX-Vo: een verzoek tot verlenging van de verzettermijn meer dan één jaar na veroordeling bij verstek leidt tot niet-ontvankelijkheid.

Hoger beroep art. 339 e.v. Rv, art. 358 Rv.

Cassatieart. 402 e.v. Rv, art. 426 Rv.

Herroeping art. 383 Rv.

Ook het instellen van een rechtsmiddel terwijl de daarvoor geldende termijn nog niet is aangevangen, leidt tot niet-ontvankelijkheid (Rb Haarlem, 25 februari 2009, LJN BH6544). Het betreft evenwel geen absolute grond voor niet-ontvankelijkheid maar een tijdelijke (zie hierna).

Na een tussentijds overeengekomen nieuwe huurprijs m.b.t. bedrijfsruimte, moet ten minste vijf jaar zijn verstreken voordat de rechter een nadere huurprijs kan vaststellen (HR 1 februari 2008, NJ 2008, 84 *Borst/Kamphuis*). Wees er op bedacht dat een vordering tot nadere huurprijsvaststelling die niet is voorzien van een deskundigenadvies, een tijdelijke grond voor niet-ontvankelijkheid oplevert (art 7:304 lid 1 BW).

Tot deze categorie valt ook te rekenen het ontijdig herstellen van een processuele fout. Zo is herstel (op eigen initiatief) van een exploit dat met nietigheid wordt bedreigd slechts mogelijk voorafgaand aan de eerst aangezegde rechtsdag (art. 120 lid 2 Rv, zie

ook HR 22 december 1995, NJ 1996, 314 *Morn/Happé* en HR 4 april 2003, NJ 2003, 418 *Barnstijn/Paperclip*) en is een wijziging van de eerst aangezegde rechtsdag – terwijl het oorspronkelijke exploit op generlei wijze met nietigheid wordt bedreigd – slechts mogelijk binnen twee weken na de eerst aangezegde rechtsdag, zie art. 125 lid 4 Rv; HR 15 december 2000, NJ 2002, 33 *Grappendaal/Nationale Nederlanden*; HR 12 januari 2001, NJ 2002, 34 *Schermer/Vezo*). Rectificatie (op last van de rechter) kan te allen tijde plaats vinden (art. 121 Rv).

9.5 Onjuist rechtsmiddel

In eerste aanleg leidt het inleiden van een procedure met een verkeerd inleidend gedingstuk (dagvaarding in plaats van verzoekschrift of andersom) niet meer tot niet-ontvankelijkheid (art. 69 Rv). De overige rechtsmiddelen staan in beginsel niet ter vrije keuze van de procespartijen. Een onjuist rechtsmiddel kan niet worden omgezet in een juist rechtsmiddel met verwijzing naar de juiste rechter (HR 17 januari 1992, NJ 1992, 263 *Martina/United Security*).

a) Verstek

De eiser staat tegen een verstekvonnis uitsluitend hoger beroep open. Indien evenwel tijdig verzet is ingesteld, is de oorspronkelijk eiser - evenals de incidenteel appellante - niet ontvankelijk in zijn daarna ingesteld hoger beroep (Hof 's-Gravenhage 16 mei 1984, NJ 1985, 98 en Hof Amsterdam 14 januari 1999, NJ 2001, 298 *Stoelman/Stoelman Holding*). De keerzijde geldt ook: als hoger beroep is ingesteld, kan geen verzet meer worden ingesteld (HR 15 december 1967, NJ 1968, 179).

De niet verschenen gedaagde die bij verstek veroordeeld is, heeft enkel het rechtsmiddel van verzet, niet van hoger beroep (HR 18 december 1992, NJ 1993, 177 *Baarnse Bouwmaterialenhandel*) of cassatie (HR 7 juni 1991, NJ 1991, 526 *Sommer/Van Gunsteren*).

Degene die in eerste aanleg verschenen is, is niet-ontvankelijk in een verzetprocedure maar zal in hoger beroep moeten gaan (HR 18 december 1992, NJ 1993, 177 *Baarnse Bouwmaterialenhandel*). Dat geldt ook als de oorspronkelijk eiser niet is verschenen in de verzetprocedure (HR 15 oktober 1993, NJ 1994, 7 *Homoeo Pharma/Iso-Werk*).

Als sprake is van meerdere gedaagden in eerste aanleg, waarvan minimaal één in rechte is verschenen, wordt het vonnis geacht op tegenspraak te zijn geweest zodat uitsluitend hoger beroep open staat (art. 350 lid 2 Rv).

b) Appel

Degene die tijdens de appeltermijn ten onrechte cassatie instelt, terwijl dat hoger beroep had moeten zijn, wordt in cassatie niet-ontvankelijk verklaard. Art. 340 Rv doet

evenwel een nieuwe appeltermijn ontstaan. Dat geldt ook voor de verzoekschriftprocedure (HR 6 april 1967, NJ 1967, 225). Hoger beroep, ingesteld tijdens die nieuwe appeltermijn, schorst de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis evenwel niet (art. 350 lid 2 Rv, zie ook HR 16 april 1993, NJ 1993, 371 *Cunes/Rozenburg*).

c) Cassatie

Degene die tijdens een cassatietermijn ten onrechte hoger beroep instelt, wordt ambtshalve niet-ontvankelijk verklaard (HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538 *Zonweg/Staat*).

d) Herroeping

Voor herroeping is een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak vereist. Dat betekent dat de gewone rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput of onbenut moeten zijn gelaten. Niet iedere rechterlijke beslissing is vatbaar voor herroeping, zo zijn uitgesloten een faillissementsvonnis (HR 9 december 1983, NJ 1984, 384 *Zuiderwijk/NMB*), belastingzaken (HR 4 oktober 1974, NJ 1975, 121), zaken waarin de Hoge Raad niet als feitenrechter maar als cassatierechter optrad (HR 30 juni 1989, NJ 1989, 769 *Reekers/Laurens*) en zaken waartegen geen rechtsmiddel openstaat (HR 23 december 2005, NJ 2007, 162 *Kooijman/Ruilverkaveling "De Gouw"*).

De middelen moeten in de inleidende dagvaarding worden gesteld; in een vermeerdering van eis (HR 19 november 1976, NJ 1977, 250 *Holman/van der Meij*) of in nieuwe feitelijke stellingen (HR 30 juni 1978, NJ 1978, 614) is de aanlegger niet ontvankelijk.

Degene die appel of cassatie instelt, terwijl slechts herroeping open staat, is niet-ontvankelijk (HR 5 november 1982, NJ 1984, 125 *Ziekenfonds/Klijssen*; HR 13 december 1985, NJ 1986, 180 *Van Paassen/Slavenburg, Oyens & Van Eeghen*; HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 *Lampe/Tonnema*; HR 10 juni 1994, NJ 1994, 654).

9.6 Berusting

Ook als de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel nog niet verlopen is, kan ten gevolge van berusting in een uitspraak of een overeengekomen regeling, de weg tot de burgerlijke rechter zijn afgesneden. Zo bepaalt art. 334 Rv uitdrukkelijk dat berusting aan hoger beroep in de weg staat (en aan cassatie, zie art. 400 Rv),

Voor berusting is vereist dat in het licht van de omstandigheden van het geval ondubbelzinnig blijkt dat de verliezende partij zich bij de gevallen uitspraak neerlegt (HR 12 maart 1971, NJ 1971, 228 *F.A.U./Hilt*; HR 12 maart 1971, NJ 1971, 229 *Venema/Glas*; HR 6 december 1985, NJ 1986, 196 *Bruinsma/Smit*; HR 3 juni 1988, NJ

1988, 808 *Direkt/Chevalier*; HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 108 *Extra/Alpha Computerdiensten*; HR 30 juni 2006, NJ 2006, 364 *Kriekaart/Willebrandts*).

Recentelijk is uitgemaakt dat de rechter berusting niet ambtshalve vaststelt maar slechts kan uitspreken na een daartoe strekkend verweer (HR 8 juni 2007, NJ 2008, 142)

Een bijzondere vorm van berusting is te vinden in art. 5 lid 3 Belemmeringenwet Privaatrecht, dat niet-ontvankelijkheid voorschrijft als de aanlegger van de procedure zich het recht om eenzijdig een overeengekomen regeling te eindigen of te wijzigen niet heeft voorbehouden

9.7 Alternatieve rechtsgang of geschilbeslechting

Niet-ontvankelijkheid kan ook voorgeschreven zijn als er op andere wijze in geschilbeslechting is voorzien. Daarbij valt te denken aan:

Art. 254 Rv het aanhangig maken van een kort geding vereist een spoedeisend belang, bij gebreke waarvan de normale rechtsgang open staat;

Art. 2:337 BW Statuten of overeenkomst bevatten een geschillenregeling;

Art. 70 lid 1 Rv Bezwaar of beroep staat open bij administratieve rechter in plaats van of naast toegang tot civiele rechter;

Zie HR 28 maart 2008, NJ 2008, 475 *Asha Horeca/Amersfoort*

Zie voor toepassing van dit criterium op het vreemdelingenrecht HR 17 oktober 2008, NJ 2009, 91, voor toepassing op het belastingrecht HR 21 april 2006, NJ 2006, 271

Art. 217 lid 4 Pensioenwet Beroep door deelnemersraad bij de Ondernemingskamer, terwijl toezichthouder aanwijzing heeft gegeven;

9.8 Tijdelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid

9.9 Belang

Een eerste vereiste voor iedere procedure is dat de aanlegger voldoende belang heeft bij de door hem beoogde rechtsgevolgen, bij gebreke waarvan hij niet-ontvankelijk is in de vorderingen of het verzoek. De basis hiervoor is te vinden in art. 3:303 BW, waarin bepaald is dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. In geval van een vordering tot het uitspreken van een verklaring voor recht, zal bovendien de aanlegger onmiddellijk betrokken moeten zijn bij de rechtsverhouding (art. 3:302 BW). De rechter in eerste aanleg zal bij de beoordeling van de ontvankelijkheid niet alleen moeten letten op hetgeen bij dagvaarding is gesteld, maar

daarnaast moeten letten op de feiten die door de aanlegger in de loop van de procedure ter ondersteuning van de vordering zijn aangevoerd (HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 *Nicolaye/Grooten*) – naast de algemeen bekende feiten en ervaringsregels die de rechter ambtshalve bij zijn oordeel mag betrekken.

In hoger beroep is de rechter gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd, die in beginsel worden bepaald door de appeldagvaarding en de memorie van grieven. Voor zover de appelland tegen een eindbeslissing in eerste aanleg geen grief heeft aangevoerd, blijft deze buiten de rechtsstrijd behoudens de werking van de openbare orde en de devolutieve werking van het hoger beroep binnen het door de grieven ontsloten gebied. Als grieven worden aangemerkt alle gronden die een appelland aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd, waarbij de eis geldt dat die gronden behoorlijk in het geding naar voren zijn gebracht, zodat zij voor de appelrechter en de wederpartij, die immers moet weten waartegen zij zich heeft te verweren, voldoende kenbaar zijn, aldus HR 5 december 2003, NJ 2004, 76 *Clickly.com/Johnsons Spark*. Dat neemt overigens niet weg dat de rechter in hoger beroep zich zelfstandig een oordeel mag vormen over een in eerste aanleg opgelegde dwangsom, ook als daar geen grieven tegen zijn geformuleerd, zie HR 6 januari 2006, NJ 2007, 35 *Schepen Onderlinge/Groupe de Léséleuc*.

De aangevoerde stellingen en feiten zijn op tweeërlei wijze maatgevend. In de eerste plaats dient daaruit te blijken dat de aanlegger voldoende belang heeft bij het instellen van de vordering, wil hij ontvankelijk zijn. Het verweer dat de aanlegger niet-ontvankelijk dient te worden verklaard wegens gebrek aan belang, is een verweer ten principale en geen exceptief verweer (HR 6 januari 2006, NJ 2007, 35, *Schepen Onderlinge/Groupe de Léséleuc*). In de tweede plaats moeten zij het ingeroepen rechtsgevolg kunnen dragen, bij gebreke waarvan de rechter verplicht is (ambtshalve) de niet-ontvankelijkheid uit te spreken (HR 24 december 1924, NJ 1925, 265 *Scholtens/Gosselin et Le Clercq*).

De noodzakelijke stellingen en feiten volgen uit de bewijslast van art. 150 Rv en in sommige gevallen uit een uitdrukkelijke wetsbepaling. Ook in de rechtspraak zijn noodzakelijke stellingen geformuleerd. Zo zal de biologische vader, die een omgangsregeling wil met zijn kind, omstandigheden moeten stellen waaruit blijkt dat sprake is (geweest) van familie- en gezinsleven (HR 23 juni 1995, NJ 1996, 17; HR 5 juni 1999, NJ 1999, 129). Een grondig overzicht van wat zonedig moet worden bewezen – en dus moet zijn gesteld of ten processe zijn gebleken – is te vinden in W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer, Deventer 2004.

Men zij er ondertussen op bedacht dat voor de ontvankelijkheid weliswaar stellingen en feiten noodzakelijk zijn –blijkend uit de dagvaarding of anderszins in de procedure –die het beoogde rechtsgevolg kunnen dragen, maar dat zij nog niet bewezen hoeven te

zijn. Het eventuele bewijs van de stellingen komt pas aan bod als de rechter toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van het materiële geschil.

Bij het instellen van een gewoon rechtsmiddel bestaat ook belang indien uitsluitend de proceskostenveroordeling aan de orde is (vgl HR 14 maart 1980, NJ 1980, 536 *Schut Superieur/Wesneba*; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 406; HR 14 januari 2000, NJ 2000, 188).

Geen of onvoldoende belang voor het instellen van een gewoon rechtsmiddel of vordering/verzoek is aanwezig indien

- het rechtsmiddel zich richt tegen een persoon die niet als belanghebbende is aan te merken (HR 3 juni 2005, NJ 2007, 88 *Schepen Onderlinge/Groupe de Léséleuc*),
- sprake is van een zuiver emotioneel belang (HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 *Jeffrey*);
- het dictum geen veroordeling bevat (HR 11 februari 2000, NJ 2000, 238);
- een in eerste aanleg opgelegde maatregel inmiddels is geëindigd (HR 13 april 2001, NJ 2002, 4 en 5; HR 29 juni 2001, NJ 2002, 6, HR 27 april 2007, NJ 2008, 546);
- de vordering in eerste aanleg is toegewezen en eiser bij nader inzien afwijzing wenst (HR 6 mei 1983, NJ 1984, 160; HR 4 juni 1999, NJ 1999, 535; HR 9 april 1999, NJ 1999, 657)
- degene, die de lopende procedure aanhangig heeft gemaakt tezamen met anderen, zijn vorderingen vervolgens heeft ingetrokken (HR 13 november 1992, NJ 1993, 639 *Lanser/Haarlemmermeer*);
- degene, die noch de faillietverklaring heeft verzocht, noch tegen de faillietverklaring, het rechtsmiddel van verzet heeft aangewend (HR 14 december 2007, NJ 2008, 6 *Groen Invest/Qnow Beheer*);
- medehuuderschap wordt verlangd op oneigenlijke gronden of met onvoldoende waarborgen voor de voldoening van de huur (art 7:267 en 7:268 BW);
- in de plaats stelling als pachter wordt verlangd, terwijl goedkeuring aan de pachtovereenkomst zou zijn onthouden of de voorgestelde pachter niet voldoende waarborgen biedt voor een behoorlijke bedrijfsvoering (art. 7:363 BW);

In sommige gevallen schrijft de wet bovendien uitdrukkelijk voor dat de procederende partij over een machtiging dient te beschikken, namelijk in al die gevallen dat geprocedeerd wordt in een bepaalde kwaliteit. Het ontbreken van een noodzakelijke machtiging leidt tot niet-ontvankelijkheid, zij het dat de machtiging ook nog tijdens de loop van het geding en eventueel in hoger beroep kan worden verkregen waardoor alsnog sprake is van ontvankelijkheid.

- Voogd voor minderjarigen (art. 1:349 BW): zie Hof 's-Gravenhage, 30 november 1984, NJ 1985, 481 *Smallegange/De Eendracht*.

Een rechterlijke machtiging kan ook tijdens het geding in eerste aanleg of in hoger beroep worden verleend (aldus HR 17 juni 1955, NJ 1955, 572; HR 15 januari 1960, NJ 1960, 130, HR 5 maart 1971, NJ 1971, 260 *Janssen/Vloet*, HR 7 september 1984, NJ 1985, 32 *X/De Vries*, HR 20 november 1987, NJ 1988, 279 *A/Boudewijn* en HR 16 juni 2006, NJ 2006, 341 *Andela/Van der Ven*).

- Bewindvoerders (art. 1:443 BW);

Anders dan een bewindvoerder, is een faillissementscurator ook zonder machtiging van de rechter-commissaris bevoegd een procedure aanhangig te maken (art. 72 Fw). De machtiging heeft slechts werking ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Een machtiging kan eventueel achteraf worden verleend, aldus HR 16 november 1982, NJ 1983, 442 *Bouchard/Mr. Dekkers q.q.* De machtiging is vormvrij.

- Benoemde derde, indien de in de onteigeningstitel aangewezen gerechtigde is overleden (art 18 Onteigeningswet, zie ook HR 24 juni 2005, NJ 2006, 240 *Van Hinsberg/Sittard-Geleen*);

Het procederen in kwaliteit hoeft niet gebaseerd te zijn op een wetsbepaling, maar doet zich ook voor indien de bevoegdheid voortvloeit uit overeenkomst (art. 7:419-421 BW - lastgeving).

Ingeval van een vordering uit hoofde van het burenenrecht door een huurder, kan onder omstandigheden voor de aanlegger vereist zijn, dat hij beschikt over een verklaring dat de eigenaar geen bezwaar heeft tegen de procedure. Een tegen een huurder ingestelde vordering leidt tot niet-ontvankelijkheid, tenzij de eigenaar mede in het geding is betrokken of een schriftelijke verklaring van geen bezwaar in het geding wordt gebracht (HR 24 januari 1991, NJ 1992, 280 *Van Aken/Heideman* en HR 24 januari 1992, NJ 1992, 281 *Van Beek/Jansen*).

Men zij er op bedacht dat ook de keerzijde (het aanhangig maken van een procedure tegen een procesonbevoegde) dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid in de vordering.

Een procedure tegen iemand wiens vermogen onder beschermingsbewind is gesteld, zal in beginsel moeten worden aanhangig gemaakt tegen de bewindvoerder qualitate qua, tenzij de aanlegger niet op de hoogte was van het bewind of daarvan redelijkerwijs op de hoogte kon zijn. (In Maastricht – terecht – vaste, maar niet

gepubliceerde rechtspraak: Rb Maastricht 25 februari 2009, 317230 CV EXPL 08-11001; Rb. Maastricht 14 januari 2009, 305893 CV EXPL 08-7745, Rb Maastricht 26 november 2008 295110 CV EXPL 08-4423, Rb Maastricht 24 september 2008, 286305 CV EXPL 08-1949),

Een verzoek tot wraking kan geen betrekking hebben op een nog niet bekende rechter of alle leden van de rechtbank (Rb Arnhem 18 april 2008, LJN BD1951).

Een procedure tegen zowel de Burgemeester als tegen de Gemeente is dubbelop en leidt tot niet-ontvankelijkheid in de vordering tegen de burgemeester, nu de burgemeester de gemeente in rechte vertegenwoordigt (art. 171 GemW) en de leden van het College van Burgemeester en Wethouders noch gezamenlijk, noch ieder apart in rechte kunnen worden betrokken (Rb Arnhem 20 februari 2004, LJN AO6260).

9.11 Ontijdig rechtsmiddel

Ook het ontijdig instellen van een rechtsmiddel leidt tot niet-ontvankelijkheid. Hieronder valt ieder instellen van een rechtsmiddel hoewel dat in het gegeven geval niet of nog niet openstaat. Ik reken hiertoe het instellen van een rechtsmiddel in strijd met een rechtsmiddelenverbod, of voordat de daarvoor geldende termijn is aangevangen. Het instellen van een onjuist rechtsmiddel beschouw ik als een absolute grond voor niet-ontvankelijkheid omdat over het algemeen de theoretische mogelijkheid om alsnog het juiste rechtsmiddel in te stellen zal zijn verstreken door tijdsverloop (behoudens de uitzondering van art. 340 Rv).

a) Eerst poging tot minnelijke regeling

De wet bepaalt in enkele gevallen dat eerst geprobeerd moet worden in der minne tot een oplossing te komen, voordat toegang tot de rechter openstaat.

Art. 2:110/220 BW Verzoek tot machtiging bijeenroepen algemene vergadering van aandeelhouders, zonder voorafgaand verzoek aan bestuur en raad van commissarissen.

Art. 2:349 BW Schriftelijke bezwaren tegen beleid of gang van zaken aan bestuur en raad van commissarissen (en ondernemingsraad) met redelijke termijn voordat gebruik wordt gemaakt van het recht van enquête;

Art. 3:305a lid 2 BW Twee weken voorafgaand aan collectieve actie verzoek tot overleg teneinde een minnelijke regeling te bereiken.

Art. 6:240 lid 4 BW Twee weken voorafgaand aan vordering m.b.t. onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden overleg over wijziging algemene voorwaarden.

In een enkel geval is een ander rechtsmiddel dan hoger beroep uitgesloten. Art. 3:27 BW sluit uitdrukkelijk verzet uit na een rechterlijke verklaring omtrent recht op registergoed.

Beroep tegen een tussenuitspraak is in beginsel uitgesloten, tenzij daartoe rechterlijk verlof is verleend (art. 337 Rv).

Overtreding van het rechtsmiddelenverbod leidt tot niet-ontvankelijkheid (HR 14 december 2007, NJ 2008, 9 *Gubbels/Aichi Sales*), tenzij doorbrekingsgronden zijn aangevoerd (HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 *Enka en Aramides/Du Pont*; HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 *Saueressig/Forbo*; HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 798; HR 30 juni 2000, NJ 2000, 674). Dat geldt ook voor degene die incidenteel appel instelt naar aanleiding van een door appelland ingesteld principaal appel in strijd met het rechtsmiddelenverbod (HR 21 september 2007, NJ 2008, 547 *Giskus/Bonaire Management*). Indien hoger beroep is opengesteld tegen een tussenvonnis, staat geen cassatie open tegen het daarop gevolgde tussenarrest (zie HR 17 maart 2006, NJ 2007, 594 *Alonso/Garantie Salarial*), tenzij het hof tussentijds cassatie beroep heeft opengesteld (zie HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 133).

c) **Rechtsmiddelentermijn is nog niet aangevangen**

Het instellen van een rechtsmiddel voordat de rechtsmiddelentermijn is aangevangen, leidt tot niet-ontvankelijkheid (Rb Haarlem, 25 februari 2009, LJV BH6544).

Het instellen van een onjuist rechtsmiddel of een rechtsmiddel nadat de termijn is voltooid, levert geen tijdelijke maar een absolute grond voor niet-ontvankelijkheid op, zie hiervoren.

9.12 Vormvereisten

In een aantal gevallen is wettelijk bepaald dat aan vormvereisten moet zijn voldaan voordat van een inhoudelijke beoordeling sprake kan zijn. Het betreffen veelal voorschriften met betrekking tot de status van een registergoed, maar kan ook betrekking hebben op ondertekening van een gedingstuk, de voorafgaande voldoening van bevolen zekerheid, de inschrijving van een zaak ter rolle of het verkrijgen van afschriften.

Onjuiste rechtsingang: Een vordering tot vernietiging van een arbitraal tussenvonnis kan slechts worden ingesteld tezamen met een vordering tot vernietiging van het arbitraal eindvonnis (art. 1064 lid 4 Rv), en niet bij wijze van vermeerdering van eis (HR 20 juni 2003, NJ 2004, 569 *Regge en Dinkel/Milieutech Beheer*).

Het beroepschrift (in hoger beroep of in cassatie) bevat geen middelen (art. 359 Rv, zie ook HR 18 januari 1973, NJ 1973, 186 *Ettinger*; HR 25 september 1981, NJ 1982,

451 en 452; HR 6 januari 1984, NJ 1984, 397; HR 29 januari 1988, NJ 1988, 856; HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 2 *Andres Minguel/Van Ingen*; HR 8 januari 1993, NJ 1993, 299; HR 5 februari 1993, NJ 1993, 300; HR 8 juli 2005, NJ 2006, 95).

Het beroepschrift (in hoger beroep of cassatie) is bij de indiening niet voorzien van een handtekening van een bevoegd advocaat, welk gebrek niet is hersteld binnen korte tijd (zie HR 11 juli 2003, NJ 2003, 565 en HR 16 december 2005, NJ 2006, 7)

Voorafgaande inschrijving in het griffieregister van art. 433 Rv binnen acht dagen is voorgeschreven voor:

- het instellen van een gewoon rechtsmiddel (met uitsluiting van verzet) tegen een vonnis met betrekking tot een registergoed (art. 3:27 lid 2 BW);
- het instellen van een gewoon rechtsmiddel tegen een door de rechter gegeven verklaring van waardeloosheid met betrekking tot een registergoed (art. 3:29 lid 3 BW);
- het instellen van een gewoon rechtsmiddel tegen een door de rechter bepaalde akte van levering met betrekking tot een registergoed (art. 3:301 lid 2 BW, zie ook HR 4 mei 2007, NJ 2008, 140 *Hooijmans/Hooijmans* en HR 4 mei 2007, NJ 2008, 141 *WOS/Wagrowski*);
- het instellen van een gewoon rechtsmiddel tegen een door de rechter bepaalde grens met betrekking tot een registergoed (art. 5:32 lid 4 BW);
- het instellen van een gewoon rechtsmiddel tegen een door de rechter toegewezen appartementsrecht wegens achterstand in canon of retributie (art. 5:116 lid 4 BW);

Voorafgaande inschrijving in openbaar register binnen drie dagen is voorgeschreven voor:

- vordering tot vernietiging verkoop en daarop gevolgde eigendomsovergang luchtvaartuig (art. 584q Rv).

Voorafgaande voldoening aan rechterlijk bevel:

- ondanks daartoe gestelde termijn tot herstel is verzoekschrift niet ingediend door een advocaat (art. 281 Rv);
- voldoening bevolen zekerheidstelling voor de proceskosten door de executant voorafgaand aan betwisting afgelegde derdenverklaring (art. 477a Rv).

Verzuim zaak in te schrijven ter rolle van aangezegde rechtsdag (HR 22 april 2005, NJ 2006, 502 *Pots/Van den Hoek*).

Vordering ex 1019a jo 843a Rv tot overlegging van “ander bewijsmateriaal”, zolang de bescherming van vertrouwelijke informatie onvoldoende is gewaarborgd (art. 1019a lid 3 Rv).

De medegedaagden, die verstek hebben laten gaan, kunnen onder omstandigheden niet in hoger beroep ontvangen worden, namelijk als de oorspronkelijk eiser gemotiveerd verlangd dat aan het veroordelend vonnis – tegen het stellen van zekerheid – wordt voldaan, ook als dat vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (art. 350 lid 2 Rv, zie ook HR 16 juni 2006, NJ 2007, 462 *Gouman/Erven Van Steijn*).

9.13 Stukken compleet

Voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling van bepaalde vorderingen of verzoeken dienen stukken in het geding te zijn gebracht.

Zie:

- Vordering tot nadere huurprijsvaststelling bedrijfsruimte: deskundigenadvies omtrent nadere huurprijs (art. 7:304 lid 1 BW);
- Vordering tot betaling van loon zonder verklaring van deskundige (art. 7:629a BW);
- Vordering tot treffen van reïntegratiemaatregelen zonder verklaring van een deskundige (art. 7:658b BW)
- Verzoek tot rehabilitatie na faillissement: bewijs dat alle erkende schuldeisers zijn voldaan (art 207 Fw);
- Verzoek tot toepassing WSNP: bijlagen van art 285 Fw (art. 287 Fw);

9.14 Voldoening griffie recht, vast recht, vergoeding

In civiele procedures moet het griffierecht op straffe van niet-ontvankelijkheid voor de eiser of op straffe van verstek voor gedaagde, binnen vier weken na verschijning in rechte zijn voldaan. Ook in bestuursrechtelijk georiënteerde regelgeving, is tijdige voldoening van vast recht voorgeschreven (zie bijv. art. 7 lid 6 Huurprijzenwet, art. 8:31 Luchtvaartwet).

9.15 Ten slotte

Ik hoop in het vorenstaande een aanzet te hebben gegeven tot een beter inzicht in de vraag wanneer – en wellicht: waarom – sprake is van niet-ontvankelijkheid.

Het zou ondertussen de duidelijkheid ten goede komen als de wetgever klare taal zou spreken en rechters in hun beslissing tot uitdrukking zouden brengen of sprake is van niet-ontvankelijkheid of van ontzegging van de eis, in plaats van het verzamelbegrip afwijzing te hanteren. De rechtzoekende (of diens advocaat) weet daardoor beter waar hij aan toe is: in geval van een niet-ontvankelijkheid staat hem immers nog een herkansing open wanneer de gronden van de niet-ontvankelijkheid zijn komen te vervallen. Momenteel wordt het veelal aan de rechtzoekende overgelaten zich een oordeel te vormen over de vraag of een herkansing mogelijk is. Dat leidt tot nodeloos geharrewar in opvolgende procedures, waarin de wederpartij zich veelal zal beroepen op een gezag van gewijsde dat het oorspronkelijk vonnis echter niet toekomt als de gronden voor de niet-ontvankelijkheid zijn komen te vervallen.

10 Dagvaarding

De dagvaarding moet voldoen aan allerhande formele vereisten (aer. 45 Rv, 111 Rv). De zesde afdeling ziet op alle exploiten, dus niet enkel op een exploit van dagvaarding. De dagvaarding zelf is nader geregeld in de derde afdeling van de tweede titel. Kernbepalingen zijn daarbij de artikelen 45 Rv en 111 Rv. Op grond van deze beide bepalingen moet een dagvaarding naast de gegevens met betrekking tot de eiser, gedaagde, deurwaarder, zittingsdag e.d. dezelfde aanzegging bevatten als de oude kantongerechtdagvaarding

Dat betekent dat iedere dagvaarding de riedel dient te bevatten wat de mogelijke gevolgen kunnen zijn als de gedaagde niet ter zitting verschijnt. Een merkwaardige en volstrekt overbodige formaliteit: de gedaagde die de vordering als volstreekte kul terzijde legt zal van die riedel niet onder de indruk zijn. Bovendien heeft hij als het goed is eerder allerlei gespierde brieven mogen ontvangen, die hem ook al niet op andere gedachten konden brengen.

Bedenk bij de inhoud van de dagvaarding het volgende:

- Houd bij de uiteenzetting van de feiten rekening met het beschikbare bewijsmateriaal en benoem dat bewijsmateriaal (waaronder de te horen getuigen), vgl. art. 111 lid 3 Rv;
- Vermeld zo nodig de juridische grondslag van de eis of het verzoek; geef een subsidiaire grondslag duidelijk aan; vermijd een “grabbeltongdagvaarding” (waar elk wat wils uit haalt);
- Geef in de dagvaarding (onder de feiten) aan welke verweren de gedaagde heeft aangevoerd en op welke gronden (vgl. art. 111 lid 3 Rv);
- Geef aan welke bewijsmiddelen voorhanden en welke getuigen een verklaring kunnen afleggen ter weerlegging van het bekende verweer (art. 111 lid 3 Rv), als een verweer niet bekend is, vermeld dat dan uitdrukkelijk en vermeld tevens dat eiser zich onder deze omstandigheden ontslagen acht van de verplichting van art. 111 lid 3 Rv;
- Als er meerdere gedaagden zijn: geef aan wat de rechtsgevolgen zijn als een van hen wel verschijnt en de overigen niet verschijnen (art. 111 lid 2 sub i Rv);
- Geef in kort geding dagvaardingen aan dat griffierecht verschuldigd zal worden bij verschijnen (art. 112 Rv).

De dagvaarding wordt betekend door een deurwaarder.

De deurwaarder laat het exploit aan de gedaagde of aan een huisgenoot. Het artikel introduceert dat de betekende deurwaarder de hoedanigheid moet aangeven van degene aan wie een afschrift wordt gelaten.

De deurwaarder dient bevoegd te zijn. In de nieuwe Gerechtsdeurwaarderwet (Stb. 2001, 70), is per 15 juli 2001 de deurwaarder in het gehele land bevoegd verklaard (art. 3 Gerechtsdeurwaarderwet). In belastingzaken is en blijft echter uitsluitend de belastingdeurwaarder bevoegd, aldus ook HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 *Ontvanger/NMB*.

De bedoeling van 45 lid 1 sub e Rv is, dat in combinatie met 46 lid 1 Rv de kring van personen aan wie het exploit kan worden gelaten wordt uitgebreid. Die uitbreiding lijkt aantrekkelijk, maar vergroot de onduidelijkheid. De deurwaarder zal immers af moeten gaan op de mededeling die hem wordt gedaan door degene die het afschrift in ontvangst neemt en kan die niet op juistheid controleren. Vanuit deurwaarderskringen wordt er dan ook op gewezen dat het artikel tot nietigheidweten zal leiden.

Voor het geval geweigerd wordt het exploit in ontvangst te nemen wordt een dwingende regeling voorgeschreven in 46 lid 3 Rv in samenhang met 47 Rv (het "brievenbusje"). De weigering een exploit in ontvangst te nemen wordt beschouwd als een betekening in persoon. Dit kan van groot belang zijn, namelijk indien daardoor termijnen beginnen te lopen (zoals het geval is bij de betekening in persoon van een verstekvonnis).

Een zaak is aanhangig vanaf de dag van de dagvaarding (art. 125 Rv).

Dit is in overeenstemming met de vaste rechtspraak, zie HR 18 februari 1994, NJ 1994, 606 *Zoontjens/Kijlstra*. Hierop is evenwel een nuancering denkbaar: een geding wordt geschorst na faillietverklaring voor zover het de voldoening van een verbintenis uit de failliete boedel ten doel heeft (art. 29 Fw). Indien de faillietverklaring wordt uitgesproken na de dag van dagvaarding, maar voor inschrijving ter rolle, wordt het geding pas geschorst zodra de zaak na tijdige inschrijving ter rolle voor de eerste maal ter zitting van het gerecht heeft gediend (HR 24 maart 2000, NJ 2000, 601).

De termijn van dagvaarden is een week (art. 114 Rv).

Er gelden evenwel afwijkende termijnen voor:

- o Buitenlandse gedaagden in een Ex-Vo land: 4 weken (art. 115 lid 1 Rv);
- o Buitenlandse gedaagden in niet-Ex-Vo-land: 3 maanden (art. 115 lid 2 Rv)
- o Gedaagde aan wie in persoon in Nederland wordt betekend of als aan het in Nederland gekozen domicilie wordt betekend: 1 week (art. 115 lid 3 Rv);
- o Houders van aandelen: 4 weken (art. 116 lid 1 Rv)
- o Gebruikers van algemene voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn: 4 weken (art. 116 lid 2 Rv)

De dagvaardingstermijn kan worden verkort door de voorzieningenrechter of de kantonrechter. Dat moet dan blijken uit het hoofd van de dagvaarding (art. 117 Rv).

De voorzieningenrechter in kort geding kan aan een termijnverkortingsvoorwaarden verbinden (art. 254 lid 2 Rv).

Dat geeft hem – blijkens de parlementaire geschiedenis – uitsluitend de bevoegdheid om bij een *verkortings* van de termijn voorwaarden te stellen. Doorgaans in de trant van "de dagvaarding dient uiterlijk op ... te zijn betekend". Het geeft hem niet de bevoegdheid om de geldende termijn van dagvaarding te verlengen – hoewel hierover door sommige voorzieningenrechters, niet gehinderd door kennis van de parlementaire geschiedenis, anders wordt gedacht.

Indien in de dagvaarding een beroep wordt gedaan op stukken – en dat brengt de exhibitieplicht van art. 111 Rv met zich mee – dan moeten die stukken in beginsel bij de dagvaarding worden gevoegd en dus meebetekend worden, aldus 85 Rv. Indien ter griffie ter gelegenheid van de eerste rechtsdag volstaat echter in de praktijk.

Na het uitbrengen van de dagvaarding dient de zaak aanhangig te worden gemaakt bij de bevoegde rechter. De dagvaarding dient daartoe uiterlijk 16:00 uur op de dag voor de rolzitting ter griffie te worden gedeponneerd.

Daarbij dienen blijkens art. 3.1 URR tevens te worden overgelegd:

- o Originele dagvaarding plus kopie (het origineel wordt geretourneerd door de griffie);
- o In geval van een vertaling van de dagvaarding: een kopie van die vertaling;
- o Gedaagde in buitenland: bewijs van uitreiking volgens verdrag;
- o Eiser op toevoeging: kopie toevoeging, dan wel kopie toevoegingaanspraak;
- o Gedaagde heeft domiciliekeuze: akte van domiciliekeuze;
- o Conservatoir beslag: kopie beslagstukken;
- o Hoger beroep: kopie stukken eerste / vorige aanleg;
- o Producties: in tweevoud genummerd en (bij meer dan 10 producties) gespecificeerd.

11 Cumulatie

Te onderscheiden zijn twee situaties die elkaars spiegelbeeld vormen: (a) het formuleren van meerdere vorderingen in een dagvaarding tegen één en dezelfde procespartij (cumulatie van vorderingen) en (b) het oproepen van meerdere gedaagden in één en dezelfde dagvaarding.

Cumulatie van vorderingen (objectieve cumulatie) is geoorloofd, tenzij:

- De vorderingen krachtens hun aard tot de kennisneming van verschillende rechters behoren;

Een pachtzaak kan niet met een gewone geldvordering gevoegd worden.

Een arbeidszaak niet bij een geldvordering boven € 5.000, tenzij er voldoende samenhang bestaat tussen de beide vorderingen, zie art. 94 lid 2 Rv.

De uitzondering van art. 157 Oud Rv (aanhangig maken geding voor Rechtbank terwijl Kantonrechter bevoegd is, maar gedaagde beroept zich niet op de onbevoegdheid, waarna de rechtbank in hoogste feitelijk ressort recht spreekt) wordt niet gehandhaafd in art. 71 lid 2 Rv

- Door het totale beloop van de vorderingen de competentiegrens (van de kantonrechter) wordt overschreden;

- De afzonderlijke vorderingen elkaar uitsluiten;

(a) nakoming en (b) ontbinding wegens toerekenbare tekortkoming.

- Er sprake is van samenloop van acties;

(a) art. 31 WvW naast (b) onrechtmatige daad: dubbele betaling is immers in strijd met de rechtvaardigheid.

- Er sprake is van verschillende rechtsgangen, zie ook de noot van P.A. Stein onder HR 23 maart 1979, NJ 1983,737 *Metz & Co/Blomkwist*.

Rekestprocedure ex 125a Oud Rv en ex art. 7:685 BW (art. 7A:1639w OudBW), aldus HR 13 mei 1988, NJ 1989,72 *Ijsunie/Hubregtse*.

Meerdere gedaagden (cumulatie van gedaagden) kunnen worden gedagvaard bij een en hetzelfde exploit voor een en dezelfde rechtbank.

Ik versta hier het begrip gedaagde als verweerder in een of meer rechtsverhoudingen. Dat kunnen meerdere verweerders zijn (vgl. het leerstuk van de plurium litis consortium) als er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, maar kan ook een en dezelfde gedaagde zijn wegens objectieve cumulatie.

Dat meerdere gedaagden voor een en dezelfde rechtbank kunnen worden gedagvaard, volgt uit art. 107 Rv, dat bepaalt dat de aanlegger kan kiezen voor welk forum (bevoegd wegens een der gedaagden) hij allen dagvaardt.

Deze bepaling is gegrond op de wenselijkheid de vorderingen tegen meerdere verweerders samen in een geding door dezelfde rechter te doen berechten, aldus HR 16 november 1962, NJ 1965,117 *Parke/Van Ede*. Dat geldt overigens ook als daardoor een buitenlandse partij (mede) gedagvaard wordt in Nederland, zo volgt uit HR 16 mei 1986, NJ 1987,456 *Stonestar/Javeri*. Dezelfde gedachte (de wenselijkheid om geschillen door een en dezelfde rechter te doen beslissen) ligt ten grondslag aan verwijzing wegens litispidentie (art. 220 Rv) en aan voeging wegens verknochtheid (art. 222 Rv). Dat gaat overigens vrij ver: zelfs een door de Hoge Raad naar een Hof terugverwezen zaak kan alsnog gevoegd worden met een na die terugverwijzing aanhangig gemaakte procedure, zoals blijkt uit HR 18 juni 1999, NJ 1999,646 *Menterne/Dollardzijlvest*.

Indien de aard van de zaak jegens één der gedaagden de bevoegdheid van de kantonrechter met zich meebrengt, kunnen ook andere gedaagden voor de sector kanton worden gedaagd.

Dat volgt uit art. 94 lid 2 Rv in samenhang met art. 220 lid 1 Rv.

Het oproepen van meerdere gedaagden is soms noodzakelijk, namelijk als de rechtsverhouding in geschil processueel ondeelbaar is in die zin dat een rechtsverhouding in geschil is waarbij het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen luidt in dezelfde zin, zie HR 21 mei 1999, NJ 2000,291 *Rinsma/Van Bakels*.

In dat geval is het dus noodzakelijk om alle betrokkenen te dagvaarden. Of van processuele ondeelbaarheid sprake is mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de materiële rechtsverhouding hiertoe nopen, hetgeen meestal slechts van geval tot geval kan worden beoordeeld: HR 26 maart 1993, NJ 1993,489 *Clarijs/Van Goethem*.

Als er van een processueel ondeelbare rechtsverhouding geen sprake is en desondanks meerdere gedaagden in de procedure zijn betrokken, loopt de eiser het risico niet ontvankelijk te worden verklaard.

Pres. Rotterdam, KGK 98/1494 Hohner Benelux/Hohner AG en MCB:

De vorderingen zijn tegen gedaagden bij één dagvaarding ingesteld maar overigens als gescheiden behandeld. Zo zijn door eiseres inzake beide gedaagden deels afwijkende producties overgelegd. Dit moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van eiseres in al haar vorderingen.

12 Exceptio Plurium Litis Consortium

Als het achterwege wordt gelaten bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding alle betrokkenen te dagvaarden, is een beroep op de exceptio plurium litis consortium op zijn plaats. Dat geldt ook als door voeging van tussen verschillende partijen aanhangige zaken alle betrokkenen in rechte zijn betrokken; dat betekent immers nog niet dat zij allen in één en dezelfde procedure partij zijn, vgl. HR 21 mei 1999, NJ 2000,291 *Rinsma/Van Bakels*.

De gedaagde kan de exceptie inroepen zowel omdat in zijn ogen eisers ontbreken als omdat mede-gedaagden ontbreken,.

Het betreft een verweer ten principale, dat onder het oude recht niet geconcentreerd (art. 141 Oud Rv) naar voren behoefde te worden gebracht en dus ook nog plaats kan vinden nadat andere incidenten zijn uitgedeed. Onder het nieuwe recht dienen alle weren tegelijkertijd te worden voorgedragen, aldus art. 128 lid 3 Rv!

Het verweer van één der gedaagden wordt bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding beschouwd als ten gunste van ieder der gedaagden te zijn gedaan.

De keerzijde is dat als er niet sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, iedere gedaagde de verweren uitsluitend voor zichzelf voert, aldus HR 28 mei 1999, NJ 2000,290 *Spektrum/Van der Valk*.

Als een gedaagde in appel gaat – doch niet alle andere gedaagden mede dagvaardt – verkrijgt het vonnis in eerste aanleg ook tegen die afwezigen geen kracht van gewijsde. De uitspraak in appel heeft ook voor de niet in rechte verschenen betrokkenen rechtsgevolg. Daarbij wordt er dan wel van uitgegaan dat het appel zich niet richt tegen niet in appel betrokken partijen. Als dat wel het geval is – en er dus geen sprake is van een “twee partijen geding” maar van een “drie of meer partijen geding” - moeten degenen tegen wie het appel zich mede richt uiteraard worden mee gedagvaard.

Zie HR 5 maart 1954, NJ 1954, 14 *Groen/Smit* ; HR 25 februari 1955, NJ 1955, 261 *ontkenning wettigheid* ; HR 5 januari 1962, NJ 1962, 141 *Zay/Kervei*; HR 21 juni 1968, NJ 1968, 315 *Damen/Rasenbergh*; HR 27 mei 1975, NJ 1976, 62 *Van der Made/De Wit*, Hof 's-Hertogenbosch, 7 mei 1998, NJ 1999, 687 *Executeur-Testamentair*, HR 5 april 1968, NJ 1969, 323 *Athina/Fabriek van Diastatische Producten*.

Vergelijk art. 140 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd.

De eiser die in appel gaat, dient alle betrokkenen in het appel te betrekken.

Hof Amsterdam, 19 november 1964, NJ 1965, 315

13 Verstek

Tegen de niet verschenen gedaagde wordt verstek verleend, aldus art. 139 Rv.

Als er meerdere gedaagden zijn en ten minste één van hen in het geding is verschenen, wordt tegen de overigen verstek verleend. Daarvoor is wel vereist dat dit gevolg in de dagvaarding is aangezegd.

Dat is een sterke vereenvoudiging ten opzichte van art. 79 Oud Rv, waarin was bepaald dat tegen de niet verschenen gedaagden verstek verleend wordt, terwijl de zaak overigens wordt aangehouden om ieder der partijen in de gelegenheid te stellen het verstek tegen de niet verschenen gedaagden te betekenen en hen opnieuw op te roepen.

Die betekening en nadere oproeping zijn feitelijk niet noodzakelijk voor de voortgang van het geding, maar hebben uitsluitend betekenis voor de werking van het gewezen vonnis. Indien de niet verschenen gedaagden niet opnieuw zijn opgeroepen, geldt het vonnis jegens hen niet als op tegenspraak geweest, HR 11 september 1996, NJ 1997,176 *Offerhaus/ING* en HR 28 mei 1999, NJ 2000,290 *Spektrum/Van der Valk*.

Een vergelijkbare regeling als thans voorgesteld bestond reeds voor de kantongerechtigdheid (art. 107 Rv).

Het verstek kan, zolang geen eindvonnis is geweest, worden gezuiverd (art. 142 Rv).

De mogelijkheid het verstek te zuiveren is (weer) algemeen. Dat betekent dat ook in procedures bij de kantonrechter zuivering mogelijk wordt.

14 Verzet

Degene die bij verstek is veroordeeld, kan daartegen in verzet komen (art. 143 Rv).

Onder het huidige recht is de verzettermijn vier weken na de betekening van het verstekvonnis in persoon, een daad van bekendheid of – als niet in persoon is betekend en evenmin sprake is van een daad van bekendheid – na voltooiing van de tenuitvoerlegging van de uitspraak.

Voor de betekening van het verstekvonnis – waarin veelal wordt verwezen naar de “aangehechte dagvaarding”- is het noodzakelijk dat ook die dagvaarding wordt mee-betekend, HR 9 januari 1987, NJ 1987, 406 *Broier/Hemmekam*.

Men zij er op bedacht dat als degene voor wie het exploit van betekening bestemd is weigert dat exploit in ontvangst te nemen, het exploit geacht wordt in persoon te zijn betekend (art. 46 lid 3 Rv). Dat geldt ook ten aanzien van rechtspersonen, waarvan een bestuurder weigert het exploit in ontvangst te nemen (art. 50 Rv). Ook in het buitenland kan thans in persoon worden betekend, zie art. 55 lid 2 Rv, namelijk in het geval de buitenlander woont in een staat van het Haags Betekeningsverdrag en de betekening plaats vindt op een wijze die in het aangezochte land als betekening in persoon geldt. In andere gevallen is betekening in persoon in het buitenland niet mogelijk (aldus HR 30 december 1977, NJ 1978, 576 *Ter Berg/Ciecierski*).

Onder een daad van bekendheid is te verstaan iedere daad van de veroordeelde waaruit noodzakelijk voortvloeit dat het vonnis hem bekend is, naar inhoud, strekking en gevolgen (HR 18 november 1994, NJ 1995, 237 *Komejan/K*). De daad van bekendheid moet naar buiten toe zijn verricht en de bekendheid moet daar ondubbelzinnig uit blijken (HR 23 september 2005, JBPr

2006, 4 *Filipowicz/TFIS* met zeer lezenswaardige conclusie van A-G Wesseling-van Gent). Dat kan dus ook zijn het geven van een opdracht aan de eigen advocaat.

Een vonnis wordt geacht ten uitvoer te zijn gelegd, niet alleen als aan de gehele veroordeling ten gevolge van de executie is voldaan. In geval van executoriaal beslag geldt als uitgangspunt weliswaar dat de executie ten uitvoer is gelegd als de beslaglegger geheel is voldaan, maar in geval van derdenbeslag op een periodiek ligt dat anders. Dan geldt dat het vonnis ten uitvoer is gelegd na de eerste uitbetaling onder het beslag, aldus HR 10 juni 2005, JOL 2005, 357.

Verzet wordt ingesteld bij dagvaarding die de middelen van het verzet vermeldt en de eventuele gronden voor een reconventionele vordering (art. 146 Rv). Een tijdig ingesteld verzet schorst de tenuitvoerlegging van het vonnis, tenzij dat vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (art. 145 Rv).

15 Eisersverstek

Indien de eiser op de eerste roldag niet verschijnt, kan gedaagde vorderen dat hij van de instantie wordt ontslagen met veroordeling van de eiser in de kosten (art. 127 Rv).

Anders dan onder het oude recht wordt tegen de niet verschenen eiser geen verstek verleend, maar wordt de gedaagde ontslagen van instantie. Het gunnen van een termijn aan de eiser om alsnog in het geding te verschijnen komt overeen met HR 17 december 1995, NJ 1996,298 *AFN/Staal Bankiers*. Nieuw is het uitgangspunt dat de eiser die een gestelde advocaat heeft geacht wordt reeds in het geding te zijn verschenen.

Het derde lid is ontleend aan HR 28 januari 1983, NJ 1983,526: bij niet tijdige inschrijving in geval van anticipatie, herleeft de roldatum van de dagvaarding.

16 Rolprocedure

16.1 Schriftelijke rol

De wet biedt een basis voor de schriftelijke rol. Daartoe is het begrip “roldatum” geïntroduceerd in art. 82 Rv. Inmiddels is in het hele land de rol schriftelijk (sinds september 2006)

De roldatum is de dag waarop een zaak mop de rol staat voor het nemen van een conclusie of akte; het is tevens de dag waarop met betrekking tot die proceshandelingen uitstel kan worden gevraagd (MvT, pag. 19). De roldatum is dus een species van het begrip terechtzitting. Het begrip terechtzitting is ruimer en heeft ook betrekking op zittingen waarbij geen rolhandelingen worden verricht.

Het Belgisch Gerechtelijk Wetboek kent in de artikelen 721 BGW en volgende een regeling voor de rol, met in art. 747 BGW de bepaling van de te hanteren termijnen. Het valt te betreuren dat de Nederlandse wetgever niet de gelegenheid heeft aangegrepen een landelijk rolreglement in de wet te incorporeren. Dat heeft in de eerste plaats tot gevolg dat – zelfs met een Uniform Rolreglement – ieder gerecht eigen spelregels zal blijven hanteren, zodat het aanbeveling verdient een plaatselijk gestelde advocaat (voorheen: procureur) in te schakelen.

16.2 Proceshandelingen

De wet introduceert een nieuw begrip “proceshandelingen”.

MvT, pag. 19

Hiermee wordt bedoeld het nemen van conclusies of akten of het verrichten van andere handelingen in het kader van de procedure.

Zie art. 90 Rv, art. 225 lid 4 Rv, art. 251 lid 4 Rv.

16.3 Advocaat-stelling

De procureurstelling in “niet-in-persoon-zaken” is vervangen door verplichte procesvertegenwoordiging door een gestelde advocaat, terwijl bij “in-persoon-zaken” geen gemachtigde noodzakelijk is (art. 111 Rv).

De “niet-in-persoon-zaken” zijn de oude rechtbankzaken, de “in-persoon-zaken” de oude kantongerechtszaken.

In kort geding t.o.v. de president van de rechtbank is gedaagde niet verplicht een advocaat te stellen, tenzij hij een reconventionele vordering aanhang wenst te maken (123 Rv). In kort geding t.o.v. de kantonrechter behoeft geen van beide partijen advocaat te stellen.

Indien ten onrechte een advocaat wordt gesteld, wordt de zaak desondanks behandeld volgens de normale regels (dus als “in-persoon-zaak”). Art. 124 Rv.

MvT, pag. 105:

Het ligt immers niet voor de hand om aan partijen die voor de kantonrechter procederen de keuze te laten om te procederen volgens de regels bij de rechtbanken.

Indien ten onrechte geen advocaat wordt gesteld zal alsnog daartoe gelegenheid geboden moeten worden (art. 123 Rv).

De taak van de gestelde advocaat is het verrichten van proceshandelingen.

De gestelde advocaat wordt altijd ingeschakeld met de bedoeling rechtshandelingen te verrichten - namelijk proceshandelingen - terwijl een advocaat niet per definitie wordt benaderd voor het verrichten van rechtshandelingen. Indien de advocaat uitsluitend adviseert is er dan ook geen sprake van lastgeving, doch enkel van de toepasselijkheid van de algemene regels van opdracht.

De gestelde advocaat kan op verschillende gronden tijdens de procedure van het toneel verdwijnen.

In de eerste plaats natuurlijk doordat de lastgever de opdracht intrekt. Gevolg is dat hij geen proceshandelingen kan verrichten zolang zich geen nieuwe advocaat voor hem heeft gesteld.

Daarnaast kan de advocaat het bijltje er bij neergooien. Opzegging van de opdracht door een advocaat, dient te geschieden “op zorgvuldige wijze” waarbij ervoor zorg gedragen dient te worden “dat zijn cliënt zo min mogelijk nadeel ondervindt”. Een toegevoegd advocaat mag de werkzaamheden bovendien niet staken, zolang hij is toegevoegd en de zaak niet is geëindigd.

Art. 24 lid 4 Wet op de Rechtsbijstand

De rechtsbijstandverlener kan slechts met instemming van het bureau de toevoeging weigeren. Zolang de toevoeging niet is gewijzigd of ingetrokken, is hij verplicht de nodige rechtsbijstand te verlenen.

Art. 33 lid 3 Wet op de Rechtsbijstand

De toegevoegde rechtsbijstandverlener kan zich na beëindiging of intrekking van de toevoeging aan de zaak onttrekken.

Er zijn speciale wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op beëindiging van de opdracht door de gestelde advocaat. De gestelde advocaat en cliënt hebben onderling een betrekking van lastgeving. De gestelde advocaat kan door opzegging zijn taak beëindigen; zich als gestelde advocaat aan een rechtsgeding onttrekken. Die opzegging werkt pas nadat zowel de gestelde advocaat van de wederpartij als de rechter van de opzegging van de lastgeving op de hoogte zijn gebracht. Door die opzegging wordt de procedure niet geschorst. Zolang zich geen andere advocaat heeft gesteld voor de (voormalig) cliënt/lastgever kan de cliënt echter geen processuele handelingen verrichten, zoals volgt uit HR 1 maart 1974, NJ 1975,6 *Mr Hardenberg*.

De onmogelijkheid om processuele handelingen te verrichten betekent niet dat de wederpartij ook geen proceshandelingen kan verrichten. De kans dat die vervolgens de procedure wint is groot. Tegen de partij zonder gestelde advocaat kan geen verstek (eisersverstek of verstek van gedaagde) worden verleend, de partij is immers in rechte verschenen (geweest) bij gestelde advocaat.

Opzegging van de lastgeving door de gestelde advocaat moet worden getoetst aan art. 7:422 BW en art. 7:408 BW.

Als de gestelde advocaat overlijdt of zijn hoedanigheid verliest, wordt een lopende procedure geschorst (226 Rv).

16.4 Conclusies

De conclusie van eis is afgeschaft per 1 januari 2002, terwijl de rechter tevens bevoegd is ambtshalve te bepalen dat repliek en dupliek wordt uitgesloten in een lopende procedure.

Van de afschaffing van de conclusie van eis zal niemand wakker liggen. Het betekent echter wel dat eventuele in de dagvaarding aangekondigde producties ter eerst dienende dag bij akte in het geding moeten worden gebracht (als de producties niet met de dagvaarding zijn mee-betekend zoals is voorgeschreven in art. 85 Rv).

De bevoegdheid van de rechter om te bepalen dat geen conclusie van repliek en dupliek is toegestaan is evenwel ingrijpender. Een dergelijke beslissing zal doorgaans vallen op of na de comparitie na antwoord – waarvan het de bedoeling is dat zij meer regel dan uitzondering wordt. Het risico dat geen ander bewijs kan worden aangedragen doet de noodzaak ontstaan zo compleet mogelijk te zijn in de dagvaarding of bij conclusie van antwoord.

De verschillende conclusies worden niet op een en dezelfde dag genomen. De standaard termijn voor een conclusie is volgens het URR zes weken. Een tweede aanhouding is mogelijk: schriftelijk en gemotiveerd één week voor de roldatum. Meerdere aanhoudingen zijn theoretisch mogelijk, doch de rechter is bevoegd een nadere toelichting te verlangen en daarbij te treden in de verhouding tussen de procespartij en zijn advocaat.

Zie hierover in kritische zin: H.W. Wierma, *Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht* NJB 200,/14:

Met mw H.M. van Haaft in TCR 2001/8, ben ik het eens dat de balans hier aan de verkeerde kant aan het doorslaan is. Voormelde termijn van zes weken is in de regel al veel te kort, zoals ook de balie op voorhand te kennen heeft gegeven, maar dan gaat het niet aan om aan niet-naleving daarvan de oneigenlijke vergaande rechterlijke bevoegdheid te verbinden om nader te treden in de verhouding tussen procespartij en advocaat.

Aanhouding wordt alleen verleend in geval van (a) schriftelijke instemming wederpartij, (b) overmacht of (c) klemmende redenen.

Klemmende redenen:

- Juridische of feitelijke ingewikkeldheid van de zaak;
- Noodzaak een deskundige in te schakelen;
- Vertaalproblemen en verkrijgen (buitenlandse) bescheiden;
- Wachten op uitspraak in een andere, relevante procedure;
- Persoonlijke omstandigheden zoals ziekte of vakantie van advocaat of partij.

Indien er geen sprake is van een klemmende reden, wordt geen uitstel meer verleend maar *vervalt* het recht de betreffende proceshandeling te verrichten (1.7 URR., art. 133 Rv).

Na het nemen van de laatste conclusie wordt de zaak 2 weken aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over:

- Recht op stukken (vonnis).
- Pleidooi;
- Nadere conclusie/akte
- Doorhaling

16.5 Comparitie

Als uitgangspunt geldt dat na de Conclusie van Antwoord een comparitie wordt gelast (art. 88 Rv).

Het kan zinvol zijn om in de dagvaarding of de conclusie van antwoord al aan te geven of het houden van een comparitie na antwoord zinvol wordt geacht of niet, en waarom. De rechter kan – maar hoeft niet – daar rekening mee houden.

Aan het niet verschijnen ter comparitie kan de rechter de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht.

Zie voor een uitgebreider overzicht § 19 hieronder.

Ktr Zwolle 29 maart 2005, JBPr 2005, 61 *A Accounts/ODP* verbond aan het niet verschijnen van de eiser de gevolgtrekking dat de vorderingen dienden te worden afgewezen.

De sanctie “gevolgtrekking maken die geraden wordt geacht” wordt door Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2004, JBPr 2005, 26 *Seijdell/Volksbelang* ook toegepast op degene die geen medewerking verleent aan plaatsopneming en bezichtiging (descente).

16.6 Vonnis vragen

Als partijen vonnis wensen wordt de uitspraak bepaald op zes weken.

Deze termijn kan door de rechtbank oeverloos worden verlengd, daar is feitelijk niets tegen te doen (ook al scheidt het een aansprakelijkheid van de staat).

In het kader van de invoering van de Wet op de waterkering (Stb 1996/8) is een termijn opgenomen waarbinnen de bestuursrechter uitspraak dient te doen. Een dergelijke regeling komt in meer, bestuursrechtelijk getinte, wetgeving als Wet Ruimtelijke Ordening, Ontgrondingenwet, Deltawet grote rivieren voor. Die regeling in de Wet op de waterkering, heeft bij de Raad van State vragen doen rijzen met betrekking tot de wenselijkheid dergelijke termijnen systematisch vast te stellen en aldus in te grijpen in de vrijheid van de rechter om zelf het tijdstip van behandeling van aan hem voorgelegde zaken vast te stellen. De wetgever heeft daarop geantwoord dat alleen in uitzonderlijke gevallen plaats zou zijn voor een dergelijke termijnstelling, waarbij redengevend zou kunnen zijn het *pregnante maatschappelijke belang van een spoedige beslechting van het desbetreffende type geschillen*, aldus J.M. Polak, *Termijnen voor rechterlijke uitspraken*, NJB 1996/248. Het valt te betreuren dat de wetgever in gedingen waarin de Staat belang heeft bij een spoedige beslissing wel tot een termijnstelling voor de rechter weet te komen en voor civiele gedingen daar kennelijk geen aanleiding toe ziet. Het leidt bovendien tot een scheefgroei tussen de indringend voorgeschreven termijn waarbinnen door advocaten in rechte proceshandelingen moeten worden verricht en de vrijheid die aan de rechter wordt gegund om zelf zijn agenda te bepalen.

In eerste aanleg is het niet (meer) nodig een procesdossier te fourneren.

Het kantongerecht heeft al jaren geleden afstand gedaan van dat gebruik (dat stamt uit het oud-vaderlands recht), het nieuw rolreglement maakt het fourneren ook bij de rechtbank overbodig.

In hoger beroep dient nog steeds te worden gefourneerd, zodat het verstandig is wel een procesdossier aan te leggen.

16.7 Pleidooi

Pleidooi wordt – behoudens een andere beslissing van de rechter – niet toegestaan als eerder een comparitie na antwoord is gelast (art. 134 Rv)

Hiermee wordt het recht op pleidooi verder beperkt. Er is al een verontrustende ontwikkeling gaande waarbij geweigerd wordt een pleidooi vast te stellen, omdat pleidooi 'misbruik van procesrecht' zou zijn. Zo bepaalde de Rechtbank 's-Gravenhage in Rb 's-Gravenhage, 26 mei 1998, NJK 1998,59 *Bleumink/NBM* dat na deskundigenbericht partijen niet tot pleidooi behoeven te worden toegelaten.

Uit de jurisprudentie blijkt evenwel dat fundamentele beginselen van burgerlijk procesrecht - mede ontleend aan 6 EVRM - meebrengen dat een procespartij, indien zij zulks verzoekt, de gelegenheid behoort te hebben haar standpunt mondeling ten overstaan van een rechter toe te lichten. Aldus Hof 's-Hertogenbosch, 24 februari 1992, NJ 1992,595 (*Schutter/Hulsman*), HR 29 september 1995, NJ 1997,340 (*Boumans/'t Plenske I*) en HR 15 maart 1996, NJ 1997,341 (*Boumans/'t Plenske II*), Hof 's-Gravenhage, 19 maart 1996, NJ 1997,362 (*Maapron/Nationale Nederlanden*), Hof 's-Hertogenbosch, 22 oktober 1996, NJ 1997,363 (*Haagmans/Inter Tel*). Slechts daartegen door de wederpartij aangevoerde klemmende redenen kunnen tot afwijzing van het verzoek leiden. Bij klemmende redenen valt er aan te denken dat de procedure door het pleidooi op onaanvaardbare wijze wordt vertraagd of dat er anderszins sprake is van misbruik van procesrecht of strijd met een goede procesorde. Aldus HR 5 oktober 2001, ELRO ZC3669 (*Stichting Christelijke Hulpverlening*):

De rechter zal een verzoek om de zaak te mogen bepleiten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogen weigeren. Ingeval de wederpartij tegen toewijzing van het verzoek bezwaar maakt kunnen slechts daartoe aangevoerde klemmende redenen, bijvoorbeeld dat de procedure door het pleidooi op onaanvaardbare wijze zou worden vertraagd, tot afwijzing van het verzoek leiden. De rechter kan het verzoek ook ambtshalve afwijzen, doch alleen op de grond dat toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde. In elk van de hiervoor bedoelde gevallen zal de rechter zijn redenen voor de afwijzing van het verzoek uitdrukkelijk moeten vermelden en zijn beslissing daaromtrent deugdelijk moeten motiveren (zie HR 15 maart 1996, NJ 1997,341). Uit het voorgaande volgt dat het middel faalt voorzover het ervan uitgaat dat de rechter een verzoek tot het houden van een pleidooi nooit mag afwijzen. Het faalt evenzeer voorzover het ervan uitgaat dat het de rechter niet is toegestaan een nadere toelichting te vragen op het verzoek.

Bij het vragen van pleidooi dienen de verhandelingen van alle partijen te worden opgegeven.

Partijen mogen hun eigen zaak bepleiten.

Vgl. Hof Amsterdam, 26 januari 1978, NJ 1980,109. Zie hierover ook H.G. van der Werf en A.W. Jongbloed, *De civiele rechter in de praktijk*, Gouda Quint, Arnhem 1990, pag. 99 e.v.

De fraaie bepaling dat de partij die zijn eigen zaak bepleit zich niet te buiten mag gaan (art. 20 Rv) is verdwenen, evenals het vereiste dat partijen en *hare praktijks* gehouden zullen zijn *de zaak voor den regter met bezadigdheid te bepleiten en in alles den eerbied in acht te nemen en te bewaren die men aan de justitie schuldig is. Wanneer zij zich daarin te buiten gaan, zal de regter hen dit herinneren* (art. 22 Rv).

Met stille trom is het herhaald pleidooi (art. 47 Oud Rv) uit de wet verdwenen.

Op grond van art. 47 Oud Rv kon, na gehouden pleidooi en na het fourneren van het procesdossier, wederom pleidooi worden gevraagd als de uitspraak drie maanden op zich laat wachten. De eisen van een goede procesorde brachten mee dat partijen eveneens wederom tot pleidooi werden toegelaten als de vertraging niet aan het rechterlijk college was te wijten, bijv. omdat aan het Benelux Gerechtshof vragen van uitleg waren gesteld, HR 25 juni 1982, NJ 1985,332 (*National Foods/Vreeland*).

Het artikel bood een krachtig middel tegen de belachelijk lange termijnen die voor het wijzen van een vonnis of arrest worden aangehouden. Door hernieuwd pleidooi te vragen werden de rechters gedwongen het dossier weer naar boven te halen en – ter voorbereiding – te bestuderen. Na de daardoor opgedane kennis kost het zelfs een luie rechter weinig moeite een uitspraak te schrijven. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch (wachttijd voor een arrest ruim een jaar) heeft daar een reactie op gevonden: pleidooi over zes maanden.

Niet geregeld is het schriftelijk pleidooi, maar dat was het onder het oude recht ook niet.

Bij sommige gerechten bestaat de mogelijkheid schriftelijk te pleiten als beide partijen daarmee instemmen. In feite is sprake van nadere conclusies die beide partijen tegelijkertijd nemen en die zijn opgesteld aan de hand van en naar aanleiding van de nadere conclusie (pleitnota) van de wederpartij. Ook bij de Hoge Raad is het inmiddels gebruikelijk dat de pleitnota's geacht worden te zijn voorgedragen, HR 1 november 1985, NJ 1986,92 *Trenning/Krabben* en W.H.Heemskerk in zijn noot onder HR 28 februari 1986, NJ 1987,172 *Stichting Notarieel Pensioenfonds*. Met pleiten heeft dit niets te maken.

Helemaal wonderlijk wordt het, als ter gelegenheid van schriftelijk pleidooi één der partijen afziet

van pleidooi, zoals in Hof Leeuwarden, 13 februari 1991, rolnr 4679/88, (niet gepubliceerd). In een dergelijk geval is onmiskenbaar sprake van een nadere memorie in plaats van een pleidooi.

Het valt te hopen dat het schriftelijk pleidooi uit het procesrecht is verdwenen.

Een aantal – wellicht overbodige – algemene richtlijnen voor het pleidooi:

- o Pleit overtuigend maar niet overdreven;
- o Straal uit te geloven in wat je zegt;
- o Probeer los van de pleitnota te staan;
- o Schets de feiten slechts summier: ze staan immers al in de dagvaarding;
- o Onderbouw de juridische stellingen, verschaft zonedig afschriften van literatuur en jurisprudentie;
- o Probeer niet de voorzieningenrechter het civiel recht uit te leggen – hoe verleidelijk ook. Als het echt noodzakelijk is doe het dan niet op een belerende toon;
- o Wees bondig in re- en dupliek. Stip alleen de wezenlijke punten aan.
- o Gebruik zonedig non verbale communicatiemiddelen, met name tijdens de dupliek van de wederpartij, je kunt daar immers niet meer op reageren;
- o Voorkom een tweegesprek met de (advocaat van de) wederpartij;
- o Pleit voor de voorzieningenrechter, niet voor je cliënt of de wederpartij. Houdt zijn aandacht vast.
- o Zorg voor een logische opbouw met een onvermijdelijke climax: het gelijk van je cliënt;
- o Zonder volledig te willen zijn, zie ook Quintilianus *Institutio oratoria*, in het Nederlands vertaald door P. Gerbrandy, Groningen, Historische Uitgeverij 2001, Van der Linden, *De ware pleiter* (1827), 's-Gravenhage 1989, Hermesdorf, *Licht en Schaduw in de Advocatuur der Lage Landen*, 1951, pag. 95-112, De Savornin Lohman, *De rechter en de pleidooien*, Adv.Bl. 1928, 9, Cohendy, *L'art de la plaidoirie*, Parijs 1948, M.A. Suyling, Adv. Bl. 1949, 249, Offerhaus, *Het civiele pleidooi*, Adv.Bl. 1952, 38, Emmering, *De advocatuur*, Deventer 1969, pag. 44 e.v., H.J. Maier, *Kunst des Rechtsanwalts*, Berlijn 1971, Taekema, *De goede pleiter*, Hoving, *De goede advocaat in kort geding*, beide in *De goede jurist*, Arnhem 1991, H.A. Stein, *Het pleidooi* in P.A. Stein-bundel, Zwolle 1992, Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Kluwer, Deventer 2005, nr. 157.

16.8 Nadere conclusie of akte

Ruwweg bestaan de volgende verschillen tussen een akte en een conclusie:

	Conclusie	Akte
Inhoud	Gaat (uitgebreid) in op de inhoud van het geschil: <ul style="list-style-type: none"> – De feiten – De rechtsgrond – De verweren 	Bevat <ul style="list-style-type: none"> een korte mededeling (zoals een enkele erkenning of ontkenning) een bewijsaanbod de aankondiging van een productie een korte reactie op een

		productie (na dupliek).
Eindigt met	Een duidelijke conclusie (herhalen van de vorderingen, tot afwijzing van de vorderingen e.d.)	“Waarvan akte!”
Omvang	Onbeperkt	Hooguit 2 A4'tjes

Een uitgebreide akte kan door de rechtbank worden geweigerd. Dat wordt in de praktijk omzeild door een kleiner lettertype en een kleinere regelafstand te gebruiken. Overigens is het volstrekt onbegrijpelijk dat de vraag of sprake is van een akte zou kunnen worden afgeleid uit de omvang. Bovendien is het volstrekt onredelijk degene die zich genoodzaakt ziet te reageren op een grote stapel producties te dwingen dat in hooguit twee pagina's te doen.

Als nadere conclusies/aktes worden gewisseld, worden daarvoor termijnen van 2 weken verleend.

Pas op! Nadere conclusies worden onder het wetboek van rechtsvordering waarschijnlijk nauwelijks toegestaan (art. 132 lid 3 Rv), bovendien accepteert (ook nu al) niet iedere rechtbank nadere conclusies. Het is derhalve zinvol vooraf bij een plaatselijk advocaat te informeren wat het beleid van de rechtbank is.

17 Doorhaling

Er bestaan twee soorten doorhaling (royement): (1) ambtshalve doorhaling door de rechtbank en (2) doorhaling op verzoek van partijen gezamenlijk.

Ambtshalve doorhaling vindt plaats wanneer blijkt dat in een zaak (tussentijds) hoger beroep of cassatie is ingesteld (tegen een tussenvonnis) en de lopende procedure daardoor is geschorst. Een ambtshalve doorgehaalde zaak, wordt geplaatst op een aparte rechtbanklijst en wordt op een aparte rolzitting na ca 1,5 jaar weer behandeld. Als de reden voor de schorsing nog aanwezig is, wordt naar een nadere rol over wederom ca 1,5 jaar verwezen. Indien tussentijds de redenen van de schorsing teneinde zijn, kan ieder der partijen de zaak weer (bij vervroeging) op de rol doen plaatsen.

Een op gezamenlijk verzoek doorgehaalde zaak verdwijnt van het toneel, maar kan te allen tijde weer op de rol worden gezet voor voortprocederen.

Let op: indien aan de lopende procedure een einde wordt gemaakt door het treffen van een dading (=vaststellingsovereenkomst) en in dat kader is overeengekomen dat de zaak wordt doorgehaald, kan niet worden voortgeprocedeerd als de dading niet volledig wordt nagekomen. In dat geval dient een aparte vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst te worden ingesteld.

Zie HR 29 juni 1990, NJ 1990, 718 *Van der Heijden/Van der Linden*

Tussen Van der Heijden enerzijds en Van der Linden anderzijds is een dading tot stand gekomen, waaraan reeds gedeeltelijk uitvoering is gegeven. Deze dading brengt mee dat het belang bij de door partijen ingestelde cassatieberoepen is komen te vervallen en dat dientengevolge deze beroepen niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard ...

18 Verval van instantie

Als gedurende een periode van meer dan 12 maanden geen proceshandelingen zijn verricht, kan de wederpartij vragen om een roldatum waarop verval van instantie kan worden gevorderd, den wel een laatste termijn wordt gegund voor het verrichten van de proceshandeling. De roldatum wordt bepaald op een termijn van ten hoogste drie maanden (art. 251 Rv).

Onder het oude recht was nog sprake van een termijn van drie jaren (art. 279 Oud Rv). Daarnaast konden onder het oude recht beide partijen verval van instantie doen uitspreken. Omdat degene die de proceshandeling moet verrichten uiteraard royement (doorhaling) kan voorstellen, is in het Ontwerp die bevoegdheid alleen gegeven aan de wederpartij. Als beide partijen in diepe rust verzinken kan daarnaast de rechter ambtshalve doorhalen. Bovendien is de akte van procureur tot procureur verdwenen die feitelijk het verval van instantie bewerkstelligde. Door de vaststelling van het verval van instantie bij die akte, was het verval een feit. De zaak werd vervolgens slechts op de rol geplaatst om de rolrechter het verval te doen constateren, waarna de zaak van de rol verdween. Zie voor verval van instantie, alsmede voor andere wijzen van tussentijdse beëindiging van de procedure, ook J.E. Bosch-Boesjes, Voortijdige beëindiging van civiele procedures, Gouda Quint, Deventer 1998.

Na verval van instantie kan de zaak opnieuw aanhangig worden gemaakt (art. 253 Rv).

Wees daarbij wel bedacht op verjaringsproblematiek. De rechtsvordering zelf kan verjaard zijn (art. 3:307 e.v. BW). Daarbij kan art. 3:316 BW overigens uitkomst bieden: de verjaring is gestuit tot zes maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak of andere wijze waarbij het geding is geëindigd. Dat betekent dat de verjaring pas voltooid is zes maanden na de roldatum waarop verval van instantie is uitgesproken.

19 Rechterlijke sanctie

In een aantal wettelijke bepalingen is opgenomen dat bij wijze van sanctie de rechter *de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht*.

Deze sanctie is verbonden aan:

- Art. 21 Rv het niet voldoen aan de verplichting feiten volledig en naar waarheid aan te voeren;
- Art. 22 Rv het niet opvolgen van een rechterlijk bevel tot informatieverstopping;
- Art. 88 Rv niet verschijnen ter gelegenheid van een comparitie van partijen, een weigering om te antwoorden of een weigering het proces-verbaal te ondertekenen;
- HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 *Janssen/Hobbelen*, gedaagde verschijnt, zonder opgave van redenen, niet ter comparitie van partijen.
- Art 162 Rv niet voldoen aan rechterlijk bevel tot openlegging administratieve bescheiden;
- Art. 164 Rv niet verschijnen van een procespartij ter gelegenheid van een verhoor als partij-getuige, een weigering om te antwoorden of een weigering de verklaring te ondertekenen;
- Art. 179 Rv verklaring van een procespartij ter gelegenheid van een getuigenverhoor, afwezigheid tijdens getuigenverhoor, een weigering om te antwoorden of een weigering de

verklaring te ondertekenen;

- Art. 196 Rv niet tijdige voldoening van het voorschot voor deskundigen;
- Art. 198 Rv weigering medewerking te verlenen aan een onderzoek door deskundigen.

De sanctie wordt betrekkelijk veel benut.

- HR 26 maart 2004, JBPr 2004, 37 *X/Levob* eiseres vordert letselschade en onderwerpt zich in dat verband aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek door een arts. Vervolgens beroept zij zich op inzagerecht (art. 7:464 BW) en – nog – niet op blokkeringsrecht. HR overweegt dat aan beroep op blokkeringsrecht de sanctie van de geraden gevolgtrekking is verbonden (art. 198 Rv.)
- Hof Arnhem 27 juli 2004, JBPr 2005, 56, Eiser, een buitenlandse vennootschap, laat daags voor de comparitie na antwoord weten niet te zullen komen en evenmin op eventuele volgende comparities;
- Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2004, JBPr 2005, 26 *Seijdell/Ws. Volksbelang*, waarin gedaagde weigerde mee te werken aan een plaatsopneming in haar huurwoning (art. 21 Rv.);
- Ktr Zwolle 29 maart 2005, JBPr 2005, 61 *A Accounts/ODP*, waarin eiser verhinderd is comparitie bij te wonen "wegens een spoedopname in het ziekenhuis", hetgeen naderhand slechts blijkt te zijn "het prikken voor cholesterolprofiel".
- Ktr Zwolle 29 maart 2005, Prg. 2005, 68 waarin eiser een paar uur voor de aanvang van de comparitie na antwoord laat weten wegens een spoedopname in het ziekenhuis verhinderd te zijn, er blijkt echter sprake van een afspraak voor een bezoek aan de polikliniek
- Hof Amsterdam 7 april 2005, JBPr 2005, 69, door fout van procureur verschijnen eisers niet ter comparitie na antwoord.
- Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2005, JBPr 2005, 73, wegens verblijf in het buitenland verzoekt eiser om uitstel van de comparitie na antwoord. De comparitie vindt niettemin doorgang.
- Rb. Alkmaar 13 juli 2005, NJF 2005, 377 *Wiering/Wiering*, waarin sprake was van een optelsom: gedaagde (in reconventie) weigert bescheiden te verstrekken, voldoet niet aan rechterlijk bevel documenten over te leggen en verschijnt zonder opgave van een valide reden niet ter comparitie.
- Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005, JBPr 2006, 24 *Van der Horst/Pracht*, waarin Van der Horst ter ondersteuning van haar vordering een door Pracht getekende overeenkomst in het geding brengt, de handtekening blijkt evenwel gekopieerd te zijn van een ander stuk.
- HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 *Janssen/Hobbelen*, gedaagde verschijnt, zonder opgave van redenen, niet ter comparitie van partijen (art. 88 Rv);
- Rb Roermond 18 oktober 2006, LJN AZ 1233 *Koenen/X*, waarin Koenen (een accountantskantoor) bewust had verzwegen dat de door haar in rechte te incasseren facturen oorspronkelijk ten name waren gesteld van een BV, en niet ten name van gedaagde, de bestuurder van de BV(art. 21 Rv.);

Voor een geldige toepassing van de sanctie van de geraden gevolgtrekking, is wel vereist dat de rechter inzicht geeft in de gevolgde gedachtegang.

HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 *Janssen/Hobbelen*:

Weliswaar geeft art. 88 lid 4 Rv de rechter de bevoegdheid uit een niet-verschijnen ter comparitie de gevolgtrekking te maken die hij geraden acht, maar ook voor deze beslissing geldt dat zij ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

Voorts moet als uitgangspunt gelden dat de rechter slechts ervan kan uitgaan dat een partij een verweer heeft prijsgegeven, indien dat, uitdrukkelijk of stilzwijgend, op ondubbelzinnige wijze is geschied.

Een en ander brengt, in een geval, zoals het onderhavige, waarin de rechter op grond van de proceshouding van een partij oordeelt dat die partij haar verweer heeft prijsgegeven, mee, dat de rechter in de motivering van zijn beslissing tot uitdrukking brengt op grond van welke feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat dit prijsgeven ondubbelzinnig voortvloeit uit de proceshouding van die partij.

Behalve de “geraden gevolgtrekking” kent het procesrecht nog de sanctie van verwijdering van de zitting wegens ordeverstoring (art. 27 lid 2 Rv).

Hiermee zijn de fraaie artikelen 24 – 28 Oud Rv verdwenen. Op grond van die bepalingen was de rechter niet alleen gerechtigd de ordeverstoorders te verwijderen, maar tevens bevoegd hen voor 24 uren in bewaring te doen stellen (24 Oud Rv), deurwaarders of bedienden van het rechterlijk college te schorsen voor maximaal 6 weken (25 Oud Rv) en ter plekke strafrechtelijk te veroordelen in geval van belediging of bedreiging (26-28 Oud Rv).

20 Incidenten en processuele verweren bij wijze van incident

20.1 Incidenten

Algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat een incident een bijzonder voorval is in een procedure dat de behandeling van de hoofdzaak onderbreekt.

Vgl. Snijders *losbl. Rv.*, aant. 1 Afd. 10, titel II; Snijders/Ynzonides/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer 2002, pag. 153; Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Elsevier, Den Haag 2006, pag. 101; Van Mierlo/Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*. Kluwer, Deventer 2003, pag. 159; Asser/Veegens/Korthals Altes/Groen *Cassatie in burgerlijke zaken* Kluwer, Deventer 2005, pag. 327.

F.B. Falkena, Incidenten in Appèl, in Voorontwerp Burgerlijke rechtsvordering, Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pag. 119, verwoordt het aldus: *Een “incident” in een geding is een opgeworpen processuele vraag, die niet rechtstreeks de aanhangige hoofdzaak betreft en waaromtrent bij afzonderlijke beslissing moet worden geoordeeld.*

De wet noemt een aantal incidenten – zoals vrijwaring, voeging, tussenkomst van procespartijen en verwijzing en voeging van zaken – maar bevat geen limitatieve opsomming.

Aldus ook Van Maanen, *Burgerlijke rechtsvordering T&C*, Kluwer, Deventer 2002, pag. 328 en W. Heemskerk, *Advocatenblad* 2003, pag. 212, Snijders, *Losbl. Rv.* Aant. 5, afd. 10, titel II, Van

Incidenten kunnen onder meer hun oorsprong vinden in een conclusie in de hoofdzaak of in een incidentele conclusie (vgl. Hugenholtz/Heemskerk, pag. 101). Een incident kan worden ingesteld bij “conclusie van eis in incident”, maar kan ook geïncorporeerd zijn in een processtuk in de hoofdzaak bij voorbeeld (maar niet uitsluitend) een “conclusie van antwoord in de hoofdzaak, tevens eis in incident”, vgl. HR 3 november 1972, NJ 1973, 45 *Venema./Glas*. Dat een dergelijke combinatie mogelijk is, betekent overigens niet dat de combinatie ook noodzakelijk is uit een oogpunt van beperking van kosten, vgl. Rb. Breda 7 april 2004, NJ 2004, 502. Indien ten aanzien van een incident niet is voorgeschreven dat het “voor alle weren” (dus uiterlijk ter gelegenheid van het antwoord in de hoofdzaak) genomen hoeft te worden, zijn combinaties met andere processtukken (conclusie van re- of dupliek of een akte) mogelijk.

Na toepassing van hoor en wederhoor zal over het algemeen eerst een beslissing op het incident moeten worden gegeven voordat kan worden voortgeprocedeerd in de hoofdzaak (art. 209 Rv). Dat is slechts anders indien de wederpartij te kennen geeft geen bezwaar te hebben tegen toewijzing van de eis in incident (art. 232 lid 2 Rv) of als de hoofdzaak tegelijkertijd kan worden afgedaan (art. 209 Rv).

Uit HR 3 november 1972, NJ 1973, 45 *Venema./Glas* - waarin is uitgemaakt dat een incident niet persé opgeworpen hoeft te worden in een incidentele conclusie van eis, maar ook in een conclusie van antwoord mag worden verwoord - blijkt dat die laatste mogelijkheid met name bestaat om de vaart in de lopende procedure te houden. Kortom: vertraging van de procedure ten gevolge van een conclusie van eis in incident is de norm en de mogelijkheid vertraging te voorkomen door de eis te combineren met een reactie in de hoofdzaak de uitzondering.

Van een incident is simpelweg sprake omdat degene die het instelt het betitelt als een incident.

Of, zoals Van Mierlo/Van Dam-Lely, pag. 161 het verwoordt: *Een incidentele conclusie leidt altijd tot een incident in de procedure. De eiser en de rechter kunnen er niet aan voorbijgaan.* Of er terecht een incident is opgeworpen, blijkt pas bij de beoordeling door de rechter.

Sommige incidenten moeten voor alle weren worden ingesteld en bovendien zoveel mogelijk tegelijkertijd (art. 208 Rv). Voor alle weren wil zeggen: uiterlijk tegelijkertijd met het antwoord in de hoofdzaak. Het is daarbij niet van belang wáár in het processtuk (voor of na het antwoord ten principale) het incident wordt opgeworpen, aldus HR 29 april 1994, NJ 1994, 488 *Edelsyndicaat/Van Hout* en – in dezelfde zin - Hof Amsterdam 8 februari 1996, NJ 1998, 76 *Foekens/Naim*.

Dit geldt voor:

- wraking van rechter (art. 37 Rv en HR 26 januari 2001, NJ 2001, 177 *Veldhof/Leonard-Woltjer Stichting* en HR 22 januari 1999, NJ 1999, 243 *S/Stichting Jeugdzorg*);
- verschoning door rechter (art. 40 Rv);
- verzoek schikkingcomparitie (art. 87 en 131 Rv);

- vrijwaringsincident (art. 210 Rv);
- verwijzing wegens verknochtheid (art. 220 Rv);
- voeging wegens verknochtheid (art. 222 Rv).
- Andere incidenten kunnen zich evenwel in iedere stand tijdens de aanhangige hoofdzaak voordoen. Dat geldt bij voorbeeld voor
- beroep op verschoningsrecht door getuige (art. 165 Rv en HR 17 november 1966, NJ 1967, 223 *Osterman/Van der Pol en Verstoep* en HR 17 november 1966, NJ 1967, 224 *Woltjer/Koning en De Ruiter*);
- voeging of tussenkomst als procespartij (art. 218 Rv, ook voor het eerst in hoger beroep, tenzij aldus de andere partijen een feitelijke instantie wordt ontnomen ten aanzien van de vordering die de tussenkomende partij wenst in te stellen, aldus Hof Amsterdam 20 april 2006, NJF 2006, 390 *Staat/CR en Azeta*);
- vordering tot treffen voorlopige voorzieningen voor de duur van het geding (art. 223 Rv en HR 24 maart 1995, NJ 1995, 349 *Allart/Kist*);
- vordering tot zekerheidsstelling voor de proceskosten (art. 224 lid 3 Rv).
- schorsing en hervatting van het rechtsgeding (art. 225-228 Rv, indien alle procespartijen zich daarin kunnen vinden, lijkt het overigens geoorloofd dat een rechtsopvolger onder algemene titel op informele wijze - namelijk in één processtuk zonder formele betekening van de schorsingsgrond of daartoe strekkende akte ex art. 225 Rv en zonder formele hervatting ex art. 227 Rv - de procedure overneemt en voortzet, zie HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63 *Mr. G/Remu* en HR 27 mei 2005, NJ 2006, 598 *Philip Morris/Van der Graaf*)
- vordering tot alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaring van reeds gewezen vonnis (art. 234 Rv);
- vordering om aan de reeds uitgesproken uitvoerbaarverklaring bij voorraad alsnog de voorwaarde van zekerheid te verbinden (art. 235 Rv en HR 2 mei 2003, NJ 2004, 291 *De Jong/Lasschuit*);
- afstand van instantie (art. 250 Rv)
- verval van instantie (art. 251-253 Rv en Hof Amsterdam 31 oktober 1996, NJ 1998, 682 *Winterthur/Dercksen*);
- ontslag van instantie (HR 22 november 1991, NJ 1992, 765 *Stad Rajneesh/Breure* en HR 15 november 1991, NJ 1992, 764 *Nooren/Heutinck*);
- vordering tot inzage in bescheiden (art. 843a en 843b Rv);
- prejudiciële vragen i.v.m. uitlegging EG-verdrag (art 234 EG-Verdrag en art. 6 Statuut Benelux-Gerechtshof, HR 21 februari 1975, NJ 1975, 456 *Centrafarm/Sterling Drug* en HR 1 februari 1975, NJ 1975, 457 *Centrafarm/Winthrop*).

Zoals reeds aangegeven, zijn de mogelijke incidenten niet limitatief in de wet opgenomen.

- Ktr. Rotterdam 8 januari 2003, NJ 2003, 222 *Knizevic/Hilton* beschouwde een verzoek om alsnog tussentijds appel open te stellen als een incident.
- In HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 147 *Van den Brink/Kalloe* was sprake van een "incident van onterechte procureur-/advocaatstelling".
- In Rb. Groningen 29 maart 2006 LJN AV7614 *Heineken/Hooites q.q.* is sprake van een incident tot openlegging boeken, bescheiden en geschriften (vgl. art. 162 Rv).

- In Rb. Rotterdam 5 april 2006, LjN AW 9820 *Van Holstein/Teco* was sprake van een incident tot voldoening aan de productieplicht op grond van art. 21 en 22 Rv, dat door de rechtbank overigens werd getoetst aan de criteria van art. 843a Rv en afgewezen. (zie evenwel ook Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, JBPr 2006, 52 *Van Aart/Brabantse Delta* en Rb 's-Gravenhage 9 augustus 2006, NJF 2006, 540 *Sisvel/Scandisk* die beide – naar mijn mening terecht – oordelen dat partijen geen rechten kunnen ontleen aan de artt. 21 en 22 Rv)

Uit de praktijk is mij ook bekend het incident tot overlegging produkties die deel uitmaken van de dagvaarding in de hoofdzaak bij de inleidende dagvaarding in vrijwaring (art. 210 lid 4 Rv).

Strikt genomen is het maken van bezwaar tegen een vermeerdering van eis of tegen de wijziging van de grondslag van de eis wegens strijd met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv) ook als een incident te beschouwen.

Er zijn dus talloze incidenten denkbaar, zolang het maar betreft een opgeworpen processuele vraag, die niet rechtstreeks de aanhangige hoofdzaak betreft en waaromtrent bij afzonderlijke beslissing moet worden geoordeeld. Of sprake is van een incident is m.i. dan ook veeleer afhankelijk van de vraag hoe het processuele punt is opgeworpen, dan van de vraag wat als processueel punt is opgeworpen.

20.2 Instellen incident

Een incident wordt ingesteld bij “Conclusie van eis in incident”. Dat kan tesamen met het processtuk in de hoofdzaak, maar dat is voor een zuiver incident niet noodzakelijk.

Dat is voor een processueel verweer, dat bij wijze van incident wordt gevoerd, naar mijn mening ook niet noodzakelijk. Daar wordt evenwel verschillend over gedacht, zodat men er bij de processuele verweren helaas verstandig aan doet een gecombineerde conclusie te nemen, zowel in de hoofdzaak als in het incident.

20.3 Processueel verweer

Processuele verweren zijn slechts die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan toekomen, aldus HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374 Staat/G. Processuele verweren betreffen dus de absolute bevoegdheid van de rechter, de geldigheid van de dagvaarding en de ontvankelijkheid van de aanlegger van de procedure. Ook hier geldt dat sommige processuele verweren voor alle verweren in de hoofdzaak gevoerd moeten worden – en dus uiterlijk tegelijkertijd met het antwoord in de hoofdzaak.

Hoewel ik niet uitsluit dat ik een aantal wettelijke processuele verweren over het hoofd zie, kan gewezen worden op de volgende verweren.

Uiterlijk tegelijkertijd met antwoord in de hoofdzaak:

- Ontbreken van rechtsmacht (art. 11 Rv, 22-24 EX-Vo);
- Aanhouding behandeling wegens litispidentie (art. 12 Rv)
- Relatief onbevoegde rechter (art. 110 Rv) – anders Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1994, 729 *Dun/Smid &Peters* dat een onbevoegdheidsverweer dat pas bij conclusie van

dupliek werd gedaan honoreerde, omdat door de inrichting van de dagvaarding niet in een eerder stadium aan de gedaagde duidelijk kon zijn dat oproeping in vrijwaring geïndiceerd was;

- Onbevoegdheid wegens arbitraal beding (art. 1022 Rv);
- Recht van beraad (art. 128 lid 4 Rv);

Ten aanzien van andere processuele verweren is niet bepaald dat zij voor alle weren moeten worden opgeworpen:

- Absolute onbevoegdheid (art. 72 Rv);
- Nietigheid exploit (art. 66 Rv);
- Nietigheid dagvaarding (art. 120 Rv, zie echter ook art. 121 lid 2 en art. 122 Rv);
- Niet ontvankelijkheid wegens ontijdigheid van het verzet (art. 143 Rv);
- Niet ontvankelijkheid omdat een procespartij voor het instellen van een rechtsmiddel is overleden, van persoonlijke staat is veranderd of van betrekking is veranderd (art. 225 Rv en HR 19 maart 2004, NJ 2004, 619; HR 10 september 2004, JBPr 2005, 2 *Euronext*, zie echter ook HR 27 mei 2005, NJ 2006, 598 *Philip Morris/Van der Graaf* en HR 25 november 2005, NJ 2006, 559 *Haarlem/Agricol*);
- Niet ontvankelijkheid wegens berusting (art. 334 Rv);
- Niet ontvankelijkheid wegens het instellen van een hoger beroep in strijd met het rechtsmiddelenverbod (art. 337 Rv);
- Niet ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang (in HR 10 september 2005, NJ 2005, 51 *DOR/Staat* nog gezien als een processueel verweer, maar in HR 6 januari 2006, NJ 2007, 35 *Schepen Onderlinge/Léséleuc* als een verweer ten principale).

20.4 Processueel verweer bij wijze van incident

De vraag die rijst is of een processueel verweer, dat in de wet is geregeld, bij wijze van incident kan worden opgeworpen. Anders gezegd: het staat vast dat een incident kan worden opgeworpen bij antwoord (HR 3 november 1972, NJ 1973, 45 *Venema/Glas*), maar is de keerzijde ook geoorloofd, kan een processueel verweer ook worden opgeworpen bij wijze van incident?

Voor de processuele verweren lijkt op het eerste gezicht art. 128 lid 3 Rv een procedure-vorm voor te schrijven in de voorgeschreven concentratie van verweer:

De gedaagde brengt alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren, op straffe van verval van de niet aangewende excepties en, indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om dat alsnog te doen.

Daar staat echter slechts dat als een antwoord in de hoofdzaak een processueel verweer bevat het tevens het verweer ten principale dient te bevatten, en dat als één van beide ontbreekt er geen kans bestaat dat te herstellen. Dat laat evenwel de mogelijkheid een processueel verweer bij wijze van incident op te werpen volledig onverlet.

Met betrekking tot bevoegdheids- en rechtsmachtverweren bepaalt de wet uitdrukkelijk dat zij “voor alle weren” moeten worden gevoerd. In die gevallen is algemeen

aanvaard dat zij bij incidentele conclusie worden opgeworpen en niet bij conclusie van antwoord.

In HR 3 november 1972, NJ 1973, 45 *Venema/Glas* ging de discussie nu net over de vraag of het incident van onbevoegdheid uitsluitend in een conclusie van eis in incident of ook – bij wijze van uitzondering – in een conclusie van antwoord mocht worden opgeworpen.

20.5 Efficiënte procesvoering

Het kan praktisch voorkomen om een processueel verweer bij wijze van incident aanhangig te maken.

Het heeft immers weinig zin om diep in te gaan op allerlei materiële punten als de wederpartij niet ontvankelijk is, bij voorbeeld wegens het instellen van verzet tegen een verstekvonnis na het verstrijken van de verzettermijn. Dat zou niet alleen nodeloze kosten voor de gedaagde in verzet meebrengen, maar ook niet bijdragen aan een efficiënte procesvoering en al evenmin tegemoet komen aan de vereenvoudiging van het procesrecht en de deformalisering, die de wetgever bij de invoering van het nieuwe Rechtsvordering hoog in het vaandel voerde. Gevolg van de visie van Wiersma, die in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, JBPr 2007, 11 *SBK/JAP* oordeelt dat processuele verweren niet bij incident maar uitsluitend bij antwoord mogen worden opgeworpen, is immers dat (a) bij het opstellen van de conclusie van antwoord ook tijd besteed dient te worden aan het verweer ten principale op grond van art. 128 lid 3 Rv, (b) de rechter tijd zal moeten besteden aan de beoordeling of een comparitie gehouden moet worden (art. 131 Rv), (c) eventueel tijd besteed dient te worden aan het concipiëren van re- en dupliek en ten slotte (d) de rechter zich bij het concipiëren van het vonnis door alle gewisselde processtukken zal moeten worstelen. Dat alles met als mogelijk resultaat dat de rechter oordeelt dat het opgeworpen processuele verweer hout snijdt en hij dus niet aan de beoordeling van de materiële geschilpunten hoeft toe te komen.

Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2005, NJF 2006, 96 *Tulip/Bangladesh*:

Door Bangladesh is naar voren gebracht dat het verweer dat de verzettermijn is overschreden in de hoofdzaak moet worden aangevoerd en niet bij wege van incident, zodat Tulip niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar vordering. Dit verweer slaagt niet. Een incidentele vordering is een vordering die hangende het geding wordt ingesteld overeenkomstig de vormvoorschriften van artikel 208 lid 1 Rv. Elke processuele verwikkeling die rechterlijke bemoeienis vereist van andere aard dan beslechting van materiële geschilpunten, kan reden zijn tot het instellen van een incidentele vordering. Er is geen sprake van een gesloten systeem van incidentele vorderingen. De rechtbank ziet dan ook geen grond om Tulip niet in deze vordering te ontvangen. De rechtbank zal daarom, na een beslissing te hebben gegeven in het bevoegdheidsincident, reeds thans, naar aanleiding van deze incidentele vordering, beslissen over het verweer ter zake de verzettermijn. Bangladesh is hierdoor niet in haar processuele belangen geschaad, nu het debat over de vraag of tijdig verzet is gedaan door partijen reeds volledig is gevoerd. De rechtbank merkt ten overvloede op dat ook indien het verweer van Bangladesh wel zou zijn geslaagd, de rechtbank reeds thans zou hebben beslist over het verweer van Tulip ter zake de verzettermijn, door in zoverre een aanvang te maken met het beslissen in de hoofdzaak.

Het in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde laten komen van het beroep op niet-ontvankelijkheid heeft immers belangrijke praktische en proceseconomische voordelen, omdat daarmee onnodige procedurele handelingen en rechterlijke beslissingen kunnen worden voorkomen.

Ook Hof Amsterdam, 28 april 1994, NJ 1995, 539 *Rabo Graftdijk-De Rijk/Everaars*, in een incident wegens nietigheid van de inleidende dagvaarding omdat de dagvaarding onduidelijk zou zijn, ging

uit van een praktische benadering:

Het hof is van oordeel dat de incidentele vordering – althans in dit geval – wel ontvankelijk is. Het is in zekere zin tegenstrijdig om van de gedaagde die zich wegens onduidelijkheid van de dagvaarding op de nietigheid daarvan wenst te beroepen, te verlangen dat hij dit bij conclusie van antwoord doet. Immers zou hij dan (...) gehouden zijn alle overige excepties op te werpen alsmede ten principale verweer te voeren tegen de stellingen van eiser, ten aanzien waarvan de mogelijkheid bestaat dat de rechter – met de gedaagde – zal oordelen dat daarop geen behoorlijk verweer kan worden gevoerd.

In de rechtspraak is vrijwel algemeen aanvaard dat processuele weren bij wijze van incident kunnen worden opgeworpen.

In alle hierna genoemde gevallen is er op het incident beslist alvorens verder te procederen, ook al betrof het incident een processueel verweer in de zin van art. 128 Rv. Soms werd het incident opgeworpen bij conclusie van eis in incident, soms bij antwoord. In het eerste geval spreek ik van een “zelfstandig incident”, in het tweede van een “incident bij antwoord”.

- HR 9 december 1966, NJ 1967, 76 *Wildschut/Bijleveld*: zelfstandig incident tot verhoor op vraagpunten, niet-ontvankelijk wegens akte van niet dienen ten aanzien van memorie van grieven.
- HR 3 november 1972, NJ 1973, 45 *Venema/Glas*: incident bij antwoord tot onbevoegdheid, behoeft niet afzonderlijk te worden opgeworpen maar mag “spoedshalve” ook bij antwoord
- HR 16 januari 1976, NJ 1977, 97 *Venlo/Leenders*: incident tot niet-ontvankelijkheid wegens berusting, op inhoudelijke gronden afgewezen met verwijzing naar rol voor voortprocederen.
- HR 17 december 1976, NJ 1977, 465 *Sunrent/Van Vugt*: incident bij antwoord tot niet ontvankelijkheid omdat de middelen van cassatie geen klachten bevatten (vergelijkbaar met het ontbreken van de middelen in de dagvaarding in eerste aanleg), wordt als zelfstandig incident behandeld, op inhoudelijke gronden afgewezen met verwijzing naar de rol voor voortprocederen.
- HR 15 april 1977, NJ 1977, 466 *Van Eijk/Smolders*: incident bij antwoord tot niet ontvankelijkheid omdat de middelen van cassatie geen klachten bevatten, toegewezen.
- HR 6 december 1985, NJ 1986, 196 *Bruinsma/Smit*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid wegens berusting, op inhoudelijke gronden afgewezen met verwijzing naar de rol voor voortprocederen;
- Rb. Dordrecht 13 maart 1985, NJ 1986, 488 *Damen Gorinchem/Damen Hardinxveld*: zelfstandig incident, ten onrechte als incident aanhangig gemaakt, volgt verwijzing naar de rol voor antwoord in de hoofdzaak.
- HR 3 juni 1988, NJ 1988, 808 *LENW/Chevalier*: incident bij antwoord tot niet-ontvankelijkheid, toegewezen.
- HR 29 juni 1990, NJ 1990, 718 *Van der Heijden/Van der Linden*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid wegens dading, toegewezen;
- HR 29 april 1994, NJ 1994, 488 *Edelsyndicaat/Van Hout*: incident bij antwoord van onbevoegdheid wegens arbitrage, toegewezen.
- Hof Amsterdam 28 april 1994, NJ 1995, 539 *Rabo Graftdijk-De Rijp/Everaars*: zelfstandig incident van nietigheid wegens vaagheid inleidende dagvaarding; op inhoudelijke gronden afgewezen;

- HR 31 januari 2003, NJ 2003, 657 *Peeters/Van den Wildenberg*: incident bij antwoord tot niet-ontvankelijkheid wegens het instellen van cassatie in strijd met het rechtsmiddelenverbod, toegewezen;
- Rb. Breda 7 april 2004, NJ 2004, 502: zelfstandig incident wegens absolute onbevoegdheid, toegewezen;
- HR 29 april 2005, NJ 2005, 446, *Van Peij/Sittard-Geleen*: incident bij antwoord tot niet-ontvankelijkheid cassatieberoep wegens overlijden procespartij (oorspronkelijk gedaagde) voor aanhangig maken procedure in eerste aanleg, toegewezen.
- Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, JBPr 2006, 53 en JBPr 2007, 11, *SBK/JAP*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid wegens de niet-tijdigheid van (gedeelte van) het ingestelde appel, toegewezen;
- Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2005, NJF 2006, 96, *Tulip/Bangladesh*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid wegens de niet-tijdigheid van het ingestelde verzet, toegewezen;
- Hof Amsterdam 29 juni 2006, LJN AY7056, JBPr 2007, 8 *ICW/Kans Holding* zowel een incident bij antwoord tot nietigheid van de dagvaarding als een incident bij antwoord tot niet-ontvankelijkheid wegens betekeningfouten, op inhoudelijke gronden afgewezen met verwijzing naar rol voor voortprocederen, met dien verstande dat tegen de beslissing op het incident tussentijds cassatieberoep werd opengesteld.
- Rb. Arnhem 5 juli 2006, LJN AY4092 *Neo Logistic/Ravestein*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid, ten onrechte als incident opgeworpen, volgt verwijzing naar de rol voor antwoord.
- Rb. Middelburg, 20 december 2006, LJN AZ5049, *Seatrade/Secorrico*: zelfstandig incident tot niet-ontvankelijkheid, niet-ontvankelijk met verwijzing naar de rol voor antwoord.

Ook in de literatuur wordt de mogelijkheid een processueel verweer op te werpen bij wijze van incident niet verworpen.

Van Mierlo/Van Dam-Lely, pag. 159: Denkbaar is ook dat een incidentele conclusie niet voorgeschreven is, maar wel een praktische weg kan zijn om de processuele weer naar voren te brengen en op pag. 160: In de praktijk worden dergelijke verweren soms bij incidentele conclusie gevoerd met als gevolg dat over deze verweren beslist kan worden vóórdat de hoofdzaak verder wordt behandeld. Die daar echter als waarschuwing aan toevoegt: Het is in veel gevallen verstandig toch iets van materieel verweer te voeren om te voorkomen dat men het recht op de conclusie van antwoord verspeelt voor het geval de rechter niet accepteert dat aan het processuele verweer een apart incident wordt gewijd.

Bezwaar tegen de mogelijkheid om ongebreideld incidenten voor alle weren op te werpen, is dat het de deur open lijkt te zetten voor chicanes van de gedaagde.

De gedaagde die in de hoofdzaak niets inhoudelijks te melden heeft, zou in de verleiding kunnen komen tijd te rekken door het opwerpen van een incident dat eigenlijk een processueel verweer is. Daardoor zou (kostbare) tijd verloren kunnen gaan. Wat dat betreft biedt Rb. Middelburg 15 december 2004, rolnr. 120/2004 (niet gepubliceerd) een aanknopingspunt om aan al te veel incidenten paal en perk te stellen:

Voor de beantwoording van de vraag of een niet-rechtsreeks in de wet genoemde incidentele vordering kan worden ingesteld, is beslissend of in dat incident een processueel verweer wordt gevoerd dan wel een processuele aangeheleheid aan de orde wordt gesteld zonder dat de rechter daarbij aan de beoordeling van de materiële rechtsbetrekking toekomt.

Terugkomend op de vraag of een processueel verweer bij wijze van zelfstandig incident kan worden opgeworpen, moet dan ook worden geconstateerd dat die in de rechtspraak en literatuur over het algemeen bevestigend wordt beantwoord.

20.6 Sanctie

Indien de rechter oordeelt dat er voor het instellen van het incident geen grond bestond, dient hij m.i. de eis in incident af te wijzen. Indien hij van oordeel is dat het incident ten onrechte is opgeworpen, kan hij de eiser in incident niet-ontvankelijk te verklaren in het incident, vgl. Rb. 's-Gravenhage 9 augustus 2006, JBPr 2007, 18 *Scandisk/UPS SCS* waarin werd geoordeeld dat een beroep op de ongeldigheid van de dagvaarding geen incident maar een verweer is, zodat niet-ontvankelijkheid volgt in de incidentele vordering.

De door Wiersma toegejuichte uitspraak van de Rb. Rotterdam 10 januari 2007, JBPr 2007, 25 Ayn/Pons, die stelt dat het opgeworpen incident tot nietigheid van de dagvaarding een "conclusie van antwoord met een beperkte strekking" is en de zaak conform behandelt (zodat er geen mogelijkheid meer bestaat om in de hoofdzaak verweer te voeren bij afwijzing van het beroep op de nietigheid van de dagvaarding), komt mij onjuist voor – ook in het licht van de aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad. Het vonnis gaat m.i. uit van een onjuiste lezing van art. 128 lid 3 Rv. Dat artikel wil niet zeggen dat als een exceptie bij wijze van eis in incident naar voren is gebracht, de rechter die conclusie van eis mag vertalen als een conclusie van antwoord met beperkte strekking is. Dat artikel wil slechts zeggen dat als er sprake is van een conclusie van antwoord, daarin zowel de processuele verweren als een antwoord in de hoofdzaak moet zijn verwoord, bij gebreke waarvan er geen nieuwe gelegenheid bestaat voor het nemen van een "aanvullende conclusie van antwoord" die tevens materiële verweren tegen de eis bevat of een alsnog bekend geworden processueel verweer.

Uit HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374 Staat/G, en met name ook uit de alleszins lezenswaardige conclusie van A-G Asser voor dat arrest, valt af te leiden dat juist vanwege de strenge sanctie die is verbonden aan de voorgeschreven concentratie van verweer in art. 128 lid 3 Rv, terughoudendheid moet worden betracht bij de beoordeling wat als processueel verweer in plaats van als principaal verweer heeft te gelden. Des te klemmende wordt dat als de rechter zich de vrijheid veroorlooft een "conclusie van eis in incident" om te dopen in een "conclusie van antwoord met beperkte strekking", ogenschijnlijk met geen ander doel dan het regime van art. 128 lid 3 toepasselijk te doen zijn.

Hoewel het niet de oplossing is die ik voorsta, is in ieder geval eleganter dan de Rotterdamse methode, de oplossing van Rb. Dordrecht 13 maart 1985, NJ 1986, 488 *Damen Gorinchem/Damen Hardinxveld* waarin eveneens werd geoordeeld dat ten onrechte een incident was opgeworpen nu het om een exceptief verweer ging – hetgeen bij vonnis in incident werd vastgesteld – en werd geoordeeld:

Na verwijzing naar de rol zal Damen Hardinxveld in de gelegenheid worden gesteld om in de hoofdzaak te concluderen voor antwoord, Nu zulks nog niet is geschied, kan zij niet geacht worden door het nemen van haar incidentele conclusie van eis, ook al wordt deze door Damen Gorinchem als conclusie van antwoord aangeduid, het gebod van concentratie van verweer, vevat in art. 141 (Oud)Rv. niet te zijn nagekomen.

In vergelijkbare zin Rb. Arnhem 5 juli 2006, LJN AY4092 *Neo Logistic/Ravestein*, die eveneens bepaalde dat een beroep op niet-ontvankelijkheid niet als een incidentele vordering maar als een verweer in de hoofdzaak beschouwd moest worden en de zaak – zonder overigens een dictum te

wijden aan het incident- verwees naar de rol voor conclusie van antwoord:

Anders dan eiseressen bepleiten, zal de rechtbank gedaagde nog in de gelegenheid stellen van antwoord te dienen. Indien, zoals eiseressen stellen, gedaagde uitstel heeft gevraagd voor antwoord waarin eiseressen niet hebben bewilligd, volgt daaruit nog niet zonder meer dat gedaagde misbruik van procesrecht heeft gemaakt door haar "incidentele conclusie" enkel en alleen te nemen met het oogmerk tijdwinst te boeken alvorens de conclusie van antwoord zal worden genomen. De bevoegdheid van gedaagde tot het nemen van de conclusie van antwoord is dan ook niet vervallen.

En ten slotte evenzo Rb. Middelburg, 20 december 2006, LJN AZ5049, *Seatrade/Secorrigo* waarin sprake was van een zelfstandig incident tot niet ontvankelijkheden en de zaak naar de rol voor antwoord in de hoofdzaak werd verwezen.

20.7 Samenvattend

Nu de wet geen gesloten systeem van incidenten kent, staat niets er aan de weg ook een processueel verweer bij wijze van incident op te werpen, mits het betreft een processuele aangelegenheid die kan worden afgedaan zonder daarbij de beoordeling van de materiële rechtsbetrekking te hoeven betrekken.

Indien het incident niet kan worden afgedaan zonder bij de beoordeling de materiële rechtsbetrekking te betrekken, dient de incidentele vordering te worden afgewezen en dienen partijen in de gelegenheid te worden gesteld voort te gaan met het normale verloop van de procedure.

Uit een oogpunt van kostenbesparing en efficiency verdient dat verre de voorkeur boven een rigide uitleg van art. 128 lid 3 Rv, juist omdat het nodeloze discussies over de materiële rechtsbetrekking kan voorkomen.

Ondertussen doet men er (helaas) verstandig aan het zekere voor het onzekere te nemen en de processuele verweren tegelijkertijd met het antwoord in de hoofdzaak te nemen.

Dat kan in één en dezelfde conclusie, met als titel "Conclusie van antwoord in de hoofdzaak, tevens conclusie van eis in incident".

Als de rechter meent dat er voor het incident gegronde reden bestaat, en daarop wellicht de zaak kan worden afgedaan, is er een gereede kans dat hij dat ook zal doen. Als de rechter meent dat er voor het betreffende incident geen plaats is, is het recht om te antwoorden in de hoofdzaak dan tenminste niet verloren gegaan.

20.8 Vrijwaring

Oproeping in vrijwaring kan op twee wijzen geschieden: voor de eerst dienende dag bij dagvaarding of na verkregen verlof op grond van een incidentele conclusie van eis tot oproeping in vrijwaring (art. 210 Rv).

Het nadeel van de incidentele conclusie van eis is, dat het aan de rechter is voorbehouden te oordelen over de vraag of oproeping in vrijwaring in de rede ligt. Dit kan simpelweg worden

voorkomen door de gedaagde in vrijwaring tegen de eerst dienende rechtsdag te dagvaarden en beide zaken te doen voegen wegens verknochtheid.

De betekeningvoorschriften wijken af van het oude recht (zie art. 68 Oud Rv). Het is nu voldoende als de dagvaarding het dictum van het vonnis vermeldt en de dagvaarding in de hoofdzaak wordt mee betekend. Uiteraard dient de gedaagde in vrijwaring de beschikking te krijgen over de gewisselde processtukken en producties. Ter beperking van kosten (met name ten aanzien van gedaagden in het buitenland) behoeven die stukken evenwel niet meer te worden betekend.

Wees er op bedacht dat oproeping in vrijwaring niet voor het eerst in hoger beroep kan plaats vinden, aldus HR 14 december 2007, NJ 2008,9.

20.9 Voeging en tussenkomst

Een derde die aan een lopend geding wenst deel te nemen kan verzoeken daartoe te worden toegelaten bij incidentele conclusie uiterlijk op de dag van de laatste proceshandeling (art. 218 Rv).

Van voeging is sprake als de derde één van partijen in het lopende geding wenst te ondersteunen en zich bij het standpunt van die partij aansluit (HR 23 mei 1957, NJ 1959,62 *Cicero/Bach*, zie ook HR 14 maart 2008, NJ 2008, 168, *Heijmans Holding/Heijmans Management*). Van tussenkomst is sprake als de derde een eigen zelfstandig recht geldend wil maken tegenover de beide procespartijen (HR 2 maart 1956, NJ 1956,199 *Lloyd/Ter Laag-de Leeuw*) of tegenover de beide partijen een zelfstandig verweer tegen de vordering wenst te voeren (HR 14 maart 2008, NJ 2008, 168, *Heijmans Holding/Heijmans Management*).

De derde moet een eigen belang hebben voor voeging of tussenkomst, dat hij ook in een afzonderlijk geding geldend zou kunnen maken, aldus al HR 11 december 1914, NJ 1915,261. Voor het aannemen van een belang bij voeging is al voldoende dat een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij, aan wier zijde de derde zich voegt, de rechtspositie van de derde nadelig kan beïnvloeden, aldus HR 14 maart 2008, NJ 2008, 168, *Heijmans Holding/Heijmans Management*

Voeging en tussenkomst kan zowel in eerste aanleg als in hoger beroep worden gevorderd.

Ook in cassatie is nog plaats voor voeging – de derde introduceert immers geen nieuwe feitelijke grondslag. De derde is dan wel gebonden aan de rechtsstrijd zoals die door de middelen is bepaald. Tussenkomst is in cassatie uitgesloten. Dat zou immers betekenen dat een derde in cassatie voor het eerst tegenover beide partijen in het geding een zelfstandig vorderingsrecht geldend maakt, hetgeen strijdig is met art. 419 Rv, zie HR 14 maart 2008, NJ 2008, 168, *Heijmans Holding/Heijmans Management*).

20.10 Verwijzing en voeging

Verwijzing komt voor in twee situaties, namelijk als (a) tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp een geding aanhangig is bij twee verschillende rechters van gelijke rang, of (b) de zaak verknocht is aan een zaak die bij een andere rechter van gelijke rang aanhangig is (art. 220 Rv).

De vordering tot verwijzing dient te worden ingesteld door de eiser voor de conclusie van

antwoord (als incidentele eis in de dagvaarding of als incidentele conclusie van eis) en door de gedaagde voor alle weren (bij incidentele conclusie van eis, al dan niet tezamen met de conclusie van antwoord in de hoofdzaak).

Indien twee zaken, aanhangig bij dezelfde rechter, aan elkaar verknocht zijn, kan daarvan voeging worden gevorderd (art. 222 Rv).

De voeging is een logisch gevolg van verwijzing, maar kan zich ook voor doen als om een andere reden twee zaken bij dezelfde rechter aanhangig zijn gemaakt.

De vordering tot voeging dient te worden ingesteld door de eiser voor de conclusie van antwoord en door de gedaagde voor alle weren bij incidentele conclusie van eis. De gedaagde mag die incidentele conclusie van eis combineren met een conclusie van antwoord in de hoofdzaak.

De mogelijkheid van voeging gaat overigens vrij ver: zelfs een door de Hoge Raad naar een Hof terugverwezen zaak kan alsnog gevoegd worden met een na die terugverwijzing aanhangig gemaakte procedure, zoals blijkt uit HR 18 juni 1999, NJ 1999,646 *Menterne/Dollardzijlvest*.

21 Voorlopige voorziening

De voorlopige voorziening (provisionele eis) strekt tot het verkrijgen van een maatregel voor de duur van het geding (art. 223 Rv). Het enige vereiste is dat er sprake moet zijn van samenhang tussen de gevraagde voorlopige voorziening en het bodemgeschil.

22 Cautio iudicatum solvi (art. 224 Rv en art. 6:51 BW)

Art. 6:51 BW

1. Wanneer uit de wet voortvloeit dat iemand verplicht is tot het stellen van zekerheid of dat het stellen van zekerheid voorwaarde is voor het intreden van enig rechtsgevolg, heeft hij die daartoe overgaat, de keuze uit persoonlijke en zakelijke zekerheid.

2. De aangeboden zekerheid moet zodanig zijn, dat de vorderingen en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen.

3. Is de gestelde zekerheid door een niet aan de schuldeiser toe te rekenen oorzaak onvoldoende geworden, dan is de schuldenaar verplicht haar aan te vullen of te vervangen.

Een eventuele procedure dient te worden gevoerd conform art. 616 Rv.

Deze regeling geldt overigens slechts voor zover de vreemdelling niet behoort tot een staat waarmee een verdrag is gesloten waarin de Cautio is geregeld. Dat maakt dat een beroep op de Cautio feitelijk nauwelijks meer aan de orde is.

23 Désaveu

De désaveu-procedure is per 1 januari 2002 verdwenen.

De désaveu-procedure strekte tot ongeldig verklaring van een door een procureur onbevoegdlijk verrichtte rechtshandeling. Gevolg van een geslaagd désaveu was dat de hoofdprocedure werd voortgezet vanaf het moment van de vernietigde proceshandeling.

Waarschijnlijk zal een désaveu-procedure thans gevoerd moeten worden als een procedure

wegens het treden buiten de verleende volmacht (art. 3:62 BW, HR 24 april 1992, NJ 1993,190 *Kuyt/MEAS*) al dan niet via de schakelbepalingen van artt. 3:78 en 3:79 BW. Deze procedure beschermt echter niet volledig tegen onbevoegdlijk verrichte proceshandelingen, nu er geen regeling (meer) is voor het gevolg in de lopende hoofdzaak.

Het moge dan ook zo zijn dat het désaveu onderdeel uitmaakte van een van die griezelig spelonken van het burgerlijk procesrecht waar het slecht toeven is, zoals H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* Kluwer, Deventer 1992, pag. 25 het formuleerde. Het niet regelen van de gevolgen van een geslaagd désaveu lijkt echter een ernstige omissie en zadelt de betreffende partij op met een hem bindende uitspraak die kennelijk onjuist is. Zie ook G.R. Rutgers, *Désaveu moet blijven* TCR 2000/38.

24 Rectificatie en aanvulling

Het is niet nodig om tegen elke oneffenheid in een vonnis in hoger beroep te gaan. Soms kan worden volstaan met rectificatie van het vonnis, namelijk als er sprake is van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent, of met een aanvulling, namelijk als verzuimd is op een onderdeel van het gevorderde te beslissen. Daarom verdient het aanbeveling elk vonnis te controleren na ontvangst.

De vraag die overigens gesteld kan worden is hoe het gesteld is met de rechtsgeldigheid van executiehandelingen die zijn verricht voordat het herstellvonnis wordt gewezen. Hoe buiten Nederland wonende verweerders, of verweerders zonder vaste woon- of verblijfplaats, te berichten? Wat te doen tegen de partij die het afschrift niet retourneert? Hoe is overigens aan de gerectificeerde executorialie titel te zien dat haar de kracht is ontnomen? Moet er een nieuw artikel in het BW worden opgenomen met betrekking tot de overdracht van een vordering uit hoofde van een executorialie titel waarvan de rechtskracht komt te ontvallen? De Hoge Raad heeft dit probleem gedeeltelijk onderkend in HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 558 *Kollöffel/Haas*.

Het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen brengt mee dat een onjuiste rechterlijke uitspraak - afgezien van het zeldzame en hier niet aan de orde zijnde geval van het geheel ontbreken van rechtskracht - niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast en dat ook indien geen rechtsmiddel beschikbaar is, de uitspraak tussen partijen rechtskracht heeft (vgl. HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588).

Aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen het kort geding vonnis van 22 maart 2001 kan niet afdoen dat het kort gedingvonnis van 13 maart 2001 in kracht van gewijsde is gegaan, nu het vonnis van 22 maart 2001, dat niet als een herstellvonnis kan worden beschouwd, moet worden aangemerkt als een vonnis waarin de kortgedingrechter opnieuw een beslissing heeft gegeven op dezelfde vordering. Het gevolg hiervan was dat het vonnis van 13 maart 2001 door de nieuwe beslissing in hetzelfde kort geding zijn betekenis had verloren, zodat dat vonnis niet meer ten uitvoer gelegd zou kunnen worden.

Verbetering van een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving, kan op grond van proceseconomie door de rechter plaatsvinden hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van één der partijen, HR 29 april 1994, NJ 1994, 497 *Bodair/Meijboom*.

Dit is nader uitgewerkt in HR 15 mei 1998, NJ 1999, 672 *Zevenbergen/Interpolis*.

De voorsnog ongeschreven regel van procesrecht die een verzoek tot verbetering van een vonnis ten aanzien van een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving, berust op de eisen van proceseconomie en van een goede procesorde (HR NJ 94, 497), welke eisen meebrengen dat een kennelijke verschrijving in een rechterlijke uitspraak niet behoort te nopen tot het aanwenden van rechtsmiddelen of het voeren van verdere gedingen,

maar via een eenvoudige en weinig kostbare procedure moet kunnen leiden tot verbetering door de rechter die de uitspraak deed.

Vgl ook HR 17 december 1999, NJ 2000, 171 *Thuiszorg Midden-Limburg/Plum-De Groot*.

Discussie was onder oud recht mogelijk over de vraag of een vonnis kon worden aangevuld. Hof Amsterdam, 5 september 1996, NJ 1999, 211 *Baars/Stroes*, oordeelde dat een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard – hoewel zulks wel was gevorderd en er geen verweer tegen was gevoerd – bij herstelvonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard kan worden.

Een verzoek tot verbetering is niet aan een termijn gebonden. Dat betekent dat het verzoek ook nog kan worden gedaan na afloop van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel. In HR 14 juli 2006, NJ 2006, 601 *Staat/Princeville* vond de verbetering ex art. 31 Rv plaats na het verstrijken van de cassatietermijn (art. 52 Ow: twee weken), namelijk op 9 februari 2005 werd een uitspraak verbeterd van 1 december 2004. Het rechtsmiddel dat de Staat op 15 februari 2005 instelde was te laat:

De uitspraak waarbij een vonnis op de voet van art. 31 Rv is verbeterd kan niet worden aangemerkt als de uitspraak van een verbeterd vonnis. Doot de verbetering is ook geen nieuwe termijn voor het instellen van cassatieberoep tegen het vonnis van 1 december 2004 gaan lopen (vgl. MvT bij art. 31 Rv, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, blz. 175).

Tegen de beslissing tot een herstel van een vonnis staat geen hogere voorziening open.

Tenzij de rechter de voormelde regel ten onrechte niet heeft toegepast, of buiten zijn toepassingsgebied is getreden (met name door “verbetering” van zijn vonnis buiten geval van kennelijke verschrijving) dan wel zodanig essentiële vormen niet in acht heeft genomen, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van het verzoek tot verbetering, niet kan worden gesproken, aldus HR 22 januari 1999, NJ 1999, 243 *Jeugdzorg*. Vrijwel dezelfde formulering wordt door de Hoge Raad gebruikt in verband met een verzoek tot wraking (HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 798) en een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, HR 28 mei 1999, NJ 2000, 220 *Heep/Heep*.

Als niet alles wordt verbeterd, staat tegen de weigering te verbeteren geen rechtsmiddel open, zie ook HR 3 januari 2003, NJ 2003, 659.

Bij hoger beroep tegen een gerectificeerd vonnis dient ook het oorspronkelijke vonnis betrokken te worden.

Zie Hof Arnhem 14 oktober 1997, NJ 1998, 821 *Doornebosch/Wolf*.

Rechtbankvonnis van 21 maart 1996 wordt gevolgd door een rectificatie-vonnis op 4 april 1996. Tegen dat laatste vonnis wordt appel ingesteld door Doornebosch, tegen het eerste vonnis niet:

Aangezien van het vonnis van 21 maart 1996 – onweersproken – geen hoger beroep is ingesteld en de termijn daartoe inmiddels is verstreken, is dit in kracht van gewijsde gegaan. Daarmee is de afwijzing van het in dit geding door Doornebosch gevorderde onherroepelijk geworden. Hij heeft dus geen redelijk belang meer bij zijn appel tegen de andere in deze procedure gewezen vonnissen zodat hij hierin niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Nu het oorspronkelijk vonnis bij het hoger beroep moet worden betrokken, heeft dat tot gevolg dat het hoger beroep slechts ontvankelijk is indien de appeltermijn van het oorspronkelijke vonnis niet is verstreken. Nu herstel en aanvulling nog mogelijk zijn na ommekomst van de appeltermijn, leidt dit tot ongewenste gevolgen. Het is immers denkbaar dat geen appel wordt ingesteld op basis van het oorspronkelijke vonnis, terwijl in het herstelvonnis wel aanleiding voor appel zou zijn gelegen.

Ik mag hopen dat rechters met zeer grote terughoudendheid van de mogelijkheid tot herstel en aanvulling na de appeltermijn gebruik maken en na het verstrijken van die termijn in ieder geval afzien van herstel of aanvulling indien daartegen met een beroep op het verstrijken van de termijn bezwaar wordt gemaakt.

Hoger beroep tegen het oorspronkelijke vonnis omvat tevens hoger beroep tegen het herstelvonnis.

Wie uitsluitend hoger beroep heeft in gesteld tegen het eerste vonnis wordt geacht tevens hoger beroep te hebben ingesteld tegen het herstelvonnis, voor zover dat herstelvonnis slechts de omissie herstelt dat het eerdere vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, Hof Amsterdam, 5 september 1996, NJ 1999, 211 *Baars/Stroes*.

Controleer eveneens de betekening van een echtscheidingsverzoek na terugontvangst van de griffie (816 Rv).

25 Appelverbod

Tegen sommige uitspraken is hoger beroep uitgesloten. Het betreffen doorgaans beslissingen met betrekking tot voorlopige maatregelen of het wettelijk verbod van appel tegen een tussenvonnis.

- Voorlopig getuigenverhoor: art. 188 lid 2 Rv;
- Voorlopig deskundigenbericht: art. 204 lid 2 Rv;
- Beperking aansprakelijkheid scheepseigenaren: art. 642y lid 2 Rv;
- Beslag: art. 700 lid 2 Rv, echter dat is anders als de beslagdebiteur voor het verlenen van verlof is gehoord, aldus HR 15 februari 2002, NJ 2002, 197 *Beslagappel*, dat weliswaar is toegesneden op een Antilliaanse zaak maar even goed op Nederlands recht van toepassing is;
- Allerlei familierechtelijke beschikkingen: 807 Rv;
- Voorlopige voorzieningen echtscheiding: art. 824 lid 1 Rv;
- Bepaalde arbitragebeschikkingen: art. 1062 lid 4 en 1070;
- Ontbinding arbeidsovereenkomst: 7:685 lid 11 BW jo 7:440 lid 4 BW;
- Art. 28g lid 2 Huurwet;
- Art. 38 lid 3 Hpw:

De appelverboden zijn moeilijk te rijmen met het uitgangspunt dat iedere zaak in twee feitelijke instanties behandeld zou moeten kunnen worden (6 EVRM).

De rechter die het vonnis wijst kan verlov verlenen tussentijds hoger beroep in te stellen. In HR 23 januari 2004, NJ 2005, 510 *Ponteeceen/Stratex* heeft de Hoge Raad criteria geformuleerd voor het tussentijds open stellen van hoger beroep:

In de eerste plaats blijft ook in het wettelijk systeem zoals dat thans geldt, ruimte voor een procesbeleid waarin de rechter de in het ongelijk gestelde partij de mogelijkheid biedt tussentijds beroep in te stellen tegen zijn beslissing, bijvoorbeeld in verband met het feit dat in de tussenuitspraak is beslist op een controversiële rechtsvraag, hetgeen doorwerkt in de verdere behandeling van de zaak, omdat een andere beslissing tot een aanzienlijke bekorting van de procedure zou hebben geleid, omdat een kostbaar onderzoek is gelast waarvan het nut is betwist of omdat de behandeling van samenhangende zaken anders uiteen dreigt te lopen, zoals in het onderhavige geval. De rechter kan hetzelfde resultaat bereiken door in de zaak waarin hij einduitspraak zou kunnen doen, de beslissing in het dictum aan te houden.

In de tweede plaats moet worden aangenomen dat de rechter ook nadat hij uitspraak heeft gedaan, desverzocht - en na de wederpartij op het verzoek te hebben gehoord - alsnog kan bepalen dat beroep kan worden ingesteld voor de einduitspraak, ongeacht of een daartoe strekkend verzoek aanvankelijk in de processtukken is gedaan. In het belang van een goede procesorde dient te worden aangenomen dat een zodanig verzoek binnen de beroepstermijn dient te worden gedaan. De rechter behoeft zijn beslissing op het verzoek, waarmee hij een bevoegdheid uitoefent die aan zijn procesbeleid is overgelaten, niet te motiveren, net zomin als wanneer hij een beslissing zoals bedoeld in art. 337 lid 2 Rv aanstonds in zijn tussenuitspraak neemt. Met het instellen van het desbetreffende rechtsmiddel - binnen de wettelijke termijn - hoeft niet te worden gewacht totdat op het verzoek is beslist; de beslissing op dat verzoek zal immers niet steeds kunnen worden genomen voordat die termijn is verstreken. Bij de beslissing om al dan niet ontheffing te verlenen van het in art. 337 lid 2 Rv besloten verbod, mag het feit dat de zaak inmiddels reeds in de hogere instantie aanhangig is gemaakt, geen rol spelen.

Op grond van de rechtspraak moet worden vastgesteld dat de Hoge Raad het appelverbod restrictief toepast als geen verlov is verleend voor tussentijds hoger beroep. Daarbij speelt o.m. de aard van de beslissing een rol. Een beslissing van "onbeduidend karakter" of de noodzaak van een snelle definitieve voorziening, draagt bij aan die restrictieve uitleg. Overtreding van het rechtsmiddelenverbod leidt tot niet-ontvankelijkheid HR 14 december 2007, NJ 2008, 9) , tenzij doorbrekingsgronden zijn aangevoerd. Dat geldt ook voor degene die incidenteel appel instelt naar aanleiding van een door appellant ingesteld principaal appel in strijd met het rechtsmiddelenverbod (HR 21 september 2007, NJ 2008, 547). Indien hoger beroep is opengesteld tegen een tussenvonnis, staat alleen dan cassatie open tegen het daarop gevolgde tussenarrest (zie HR 17 maart 2006, NJ 2007, 594), tenzij het hof tussentijds cassatie beroep heeft opengesteld (zie HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 133)

De doorbrekingsgronden, op grond waarvan het appelverbod kan worden doorbroken vereisen dat er over geklaagd wordt dat:

- Het artikel ten onrechte, dan wel
- Met verzuim van vormen is toegepast,

– Of ten onrechte buiten toepassing is gelaten.

HR 29 maart, 1985, NJ 1986, 242 *Enka en Aramides/Du Pont*, HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 *Saueressig/Forbo*, HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 798, HR 30 juni 2000, NJ 2000, 674

De rechter heeft de betreffende regeling ten onrechte toegepast: als men hier geen appel zou toestaan, dan zou het appelverbod volstrekt andere onderwerpen kunnen omvatten dan de bedoeling was van de wetgever.

De rechter heeft de betreffende regeling met verzuim van vormen toegepast: hier dient men te denken aan een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals in geval van veronachtzaming van hoor en wederhoor, aldus HR 24 april 1992, NJ 1992, 672 en HR 23 juni 1995, NJ 1995, 661.

De rechter heeft het artikel ten onrechte buiten toepassing gelaten: dit is in feite het spiegelbeeld van de eerst genoemde grond.

Deze doorbraakrechtspraak – die is ontwikkeld in verzoekschriftprocedures – is ook van toepassing in dagvaardingsprocedures, bijvoorbeeld ter doorbreking van het appelverbod van een tussenvonnis.

26 Bijzondere procedures

26.1 Schadestaatprocedure

Wanneer een vordering strekt tot een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding is de rechter in beginsel gehouden zelf het beloop van de schade te begroten. Als hij dat niet kan, is hij bij een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, zoals uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad (zie HR 27 februari 1998, NJ 1998, 511 *Johnson/Minderhoud*), gerechtigd de procedure als het ware te splitsen in enerzijds een procedure waarbij de aansprakelijkheid wordt vastgesteld en – voor zoveel mogelijk – de schade reeds wordt begroot en anderzijds de zaak wordt verwezen naar een vereffenings- of schadestaatprocedure voor de definitieve vaststelling van de schade (HR 4 mei 1923, NJ 1923, 839; HR 1 februari 1946, NJ 1956, 106 *Beks/Philips*; HR 21 december 1984, NJ 1985, 904; HR 1 juli 1992, NJ 1992, 711).

Dat geldt niet voor een vordering tot voldoening van een geldsom uit hoofde van een overeenkomst, zie HR 23 december 2005, NJ 2006, 32 *Zwolsche Algemeene/Rijssemus*, tenzij bij die overeenkomst is bepaald dat de regeling van de schadestaatprocedure zal mogen worden gevolgd, aldus HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583 *Insurance Company/ALM*.

De vereffeningsprocedure is een voortzetting van de eerdere procedure waarbij eventueel alleen de aansprakelijkheid voor schade nader op te maken bij staat is vastgesteld, aldus reeds HR 12 december 1913, NJ 1914, 269.

Niet enkel de rechter komt de bevoegdheid toe de procedure op die wijze in tweeën te splitsen, ook de eiser heeft die bevoegdheid – zij het dat de rechter zich daar niet door hoeft te laten leiden en desondanks de schade in de hoofdprocedure mag vaststellen (HR 11 januari 2002, NJ 2001, 466 *Vettel/Hertel*).

Zie ook: J. Spoelders, *De schadestaatprocedure*, diss. Kluwer, Deventer 1966; Sniijders/Ynzonides/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* Kluwer, Deventer 2002, pag. 381; Stein/Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer 2005, pag. 89; Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* Elsevier, Den Haag 2006, pag. 204 e.v.

26.2 Rekenprocedure

26.3 Exequatur-procedure

26.4 843a Rv procedure

Art. 843a bepaalt dat degene die daarbij rechtmatig belang heeft, op eigen kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn voorgangers partij zijn.

Te onderscheiden zijn de volgende bestanddelen die cumulatief vereist zijn:

- a. Rechtsbetrekking
- b. Rechtmatig belang
- c. Bepaalde bescheiden

26.5 Ad a. Rechtsbetrekking

Er dient sprake te zijn van een rechtsbetrekking tussen degene die inzage wenst en degene die de bescheiden onder zich heeft. Die rechtsbetrekking behoeft niet voort te vloeien uit een overeenkomst, maar kan ook voortspuiten uit onrechtmatige daad (Vznr. 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPr 2006, 25 *Wijbenga/Eisenkolb*).

Discussabel is of de vordering zich dient te richten tot de partij met wie de rechtsbetrekking bestaat, en of niet ook een dergelijke vordering kan worden ingesteld tegen een derde.

Uitsluitend tegen partij bij rechtsbetrekking:

HR 11 maart 1994, NJ 1995, 3 *Killbarr/Holland en Teeuwen*; HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259 *News International/ABN AMRO*; Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, JBPr 2003, 63 *Van de Beukel/Van Gool*. Rb Middelburg 18 januari 2006, LJN AY7116; Hof Arnhem 29 augustus 2006, LJN AY9096

Ook mogelijk tegen derde:

Hof 's-Gravenhage 20 mei 2003, S&S 2004, 59; Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005, 23; Vznr Rotterdam 25 november 2004, NJF 2005, 2 *CS/Ocean* Vznr. Middelburg 6 juli 2006, LJN AZ0501 en J. Ekemans *De exhibitieplicht in kort bestek*, Paris, Zutphen 2007, pag. 23 en J.R. Sijmonsma *art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed* Ars Aequi, Nijmegen 2007, pag. 42

26.6 Ad b. Rechtmatig belang

In sommige gevallen bestaat er op grond van de wet aanspraak op inzage in bescheiden. In dat geval is het overbodig het “rechtmatig belang” nader te onderbouwen.

Zie bijv de volgende inzagerechten.

- Art. 2:120/212 BW: aandeelhouder in besluiten van de vennootschap;
- Art. 3:187 BW: deelgenoten in een gemeenschap in algemene boedelbescheiden;
- Art. 4:16 BW: erfgenamen onderling ter vaststelling van hun aanspraken;
- Art. 4:39 en 4:78 BW: vruchtgebruiker resp. legitimaris, niet erfgenaam, in alle bescheiden die hij nodig heeft voor de berekening van het hem toekomende;
- Art. 7:259 BW: huurder ter vaststelling van de servicekosten;
- Art. 7:433 BW: handelsagent ter berekening van zijn provisie;
- Art. 7:456 BW: patiënt in zijn medisch dossier;
- Art. 7:619 BW: de werknemer met een omzetafhankelijk loon in de relevante administratie ter berekening van zijn loon;
- Art. 8:165 BW: leden van een rederij in bescheiden met betrekking tot het gevoerde beheer;
- Art. 17d Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie: inzage in adoptiebescheiden;
- Art. 15d Wet op de naburige rechten: kunstenaar of producent ter berekening van de hem toekomende vergoeding ten aanzien van naburige rechten.

Het recht op inzage kan ook blijken uit de tussen partijen gesloten overeenkomst.

Daartoe dient m.i. ook gerekend te worden de bepaling dat de administratie van de crediteur – meestal een bank – dwingend bewijs oplevert van de omvang van de schuld. In dat geval zal de crediteur desverlangd inzage in de betreffende administratie moeten verschaffen.

Als het inzagerecht niet is gebaseerd op een specifieke wettelijke bepaling of op de tussen partijen gesloten overeenkomst, komt inzage slechts toe indien er een rechtmatig belang bij inzage is. Voor het “rechtmatig belang” komt het er op grond van de wetsgeschiedenis *in beginsel op aan, of een partij een onredelijk (of: “unfair”) voordeel geniet of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald (bewijs)stuk in de procedure niet als bewijsmiddel ter beschikking komt.*

Het gestelde belang mag niet gelegen zijn in een *fishing expedition* of in het verzamelen van gegevens teneinde aan de hand daarvan in te kunnen schatten of een eventuele vordering opportuun is, de rechtsgrondslag van die vordering te bepalen en de relevantie te beoordelen van de middelen die in dat verband kunnen worden aangevoerd (vgl. HvJ EG 28 april 2005, JBPr 2005, 47 *St. Paul/Unibel*).

Onvoldoende belang:

- De gevraagde bescheiden zijn niet relevant voor de beoordeling van het gestelde geschil (Rb Maastricht 7 maart 2002, LJN AE063; Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, LJN AM7927);

- Kennisname van video-opnamen teneinde de authenticiteit vast te stellen (HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 *K/Aegon*);
- Kennisname van stukken in hoofdzaak door de gedaagde in vrijwaring zonder toelichting (HR 8 april 2005, JOL 2005, 210);
- De enkele stelling dat sprake is van een “rechtens relevant belang” (HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259);

26.7 Ad c. Bepaalde bescheiden

Tot de bescheiden van art. 843a Rv behoren alle op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, aldus de laatste zin van art. 843a Rv, dus niet enkel papieren bescheiden maar tevens digitale.

Een uitzondering wordt gevormd door authentieke akten die geen openbaar karakter hebben op grond van de wettelijke regeling die van toepassing is op de ambtenaar die de akte heeft opgesteld, aldus Veegens-Wiersma *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken* Tjeenk Willink, Zwolle 1988, pag. 115 en 157. Beperkingen met betrekking tot de gehoudenheid afschriften te verstrekken gelden voor: :

De notaris, tenzij het betreffen afschriften van akten aan (a) partijen en rechtverkrijgenden onder algemene titel; (b) degenen die een *rechtstreeks belang* hebben bij een recht dat geheel of gedeeltelijk in een akte is verleend (art. 49 Wet Notarisambt);

De ambtenaar van de burgerlijke stand, tenzij de verzoeker een *gerechtvaardigd belang* heeft bij een afschrift of uittreksel van akten van de burgerlijke stand (art. 1:23b BW);

De gerechtsdeurwaarder, tenzij de verzoeker partij of rechtsopvolger is (art. 18 lid 2 Gerechtsdeurwaarderswet);

Slechts *bepaalde* bescheiden kunnen worden verlangd. Het gaat erom dat in het licht van de vordering voldoende duidelijk is om welke bescheiden het gaat en om welke reden zij van belang zijn (aldus Sijmonsma *art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed* Ars Aequi, Nijmegen 2007, pag.38). Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan dat betekenen dat de verlangde bescheiden stuk voor stuk (geïndividualiseerd) dienen te worden aangegeven. De verzoeker hoeft niet bekend te zijn met de concrete inhoud van het opgevraagde stuk, maar dient wel wetenschap te hebben met betrekking tot het bestaan van het stuk of de stukken.

Onvoldoende bepaald:

Mogelijk bestaande bescheiden (Rb 's-Gravenhage 27 juli 2005, LJN AU5178 *Honeywell/Apollo* en Rb Arnhem 21 december 2005, S&S 2007, 9 *Verhey/EFL*);

- Slechts naar hun aard omschreven bescheiden (Rb Rotterdam 5 april 2006, NJF 2006, 618 *Van Holstein/Teco*);
- Alle schriftelijke stukken en gegevensdragers die ter beschikking staan onder de verweerder, de notaris, de makelaar en onder de verkopers van een registerzaak om te kunnen aantonen dat verweerder op de hoogte was van de onrechtmatige voorgeschiedenis van de verkoop van de registerzaak (Rb Middelburg 5 april 2006 LJN AZ0931);

- Alle (niet nader gespecificeerde) bescheiden met betrekking tot een bepaalde rechtsverhouding gedurende een periode van drie jaar (Ktr. Harderwijk 10 maart 2003, Adv.Bl. 2005, 680 en Ktr. Amsterdam 24 april 2003, Adv. Bl. 2005, 681);
- De volledige correspondentie met betrekking tot een bepaalde verkoop (Rb. Zutphen 7 mei 2003, JBPr 2003, 66 *Rabobank Harderwijk/Leisureplan*, anders Sijmonsma, a.w., pag. 39;
- Een volledig cliëntendossier, af te geven door een vermogensbeheerder aan een beleggingsvennootschap (Rb Amsterdam 2 februari 2005, JOR 2005, 71);
- Alle stukken uit een strafdossier, af te geven door de verdachte ten behoeve van een civiele procedure (Rb Arnhem 12 april 2006, LJN AY0152);
- De volledige bedrijfsadministratie, te verschaffen aan een curator (Vzngr. Breda 2 februari 2004, JOR 2004, 90 *Mr. Arts q.q./Infraconcepts*);

Voldoende bepaald:

- Een volledig overzicht van alle door of namens de debiteur aan crediteur verrichte betalingen, voorzien van een overzicht van de facturen waartegen deze betalingen zijn afgeboekt, in een zaak waarin de debiteur inzicht miste in hetgeen zij schuldig was (geweest) en in hetgeen door haar of anderen was betaald (Vzngr. Zwolle 15 mei 2006, LJN AY5717 *MSS/Adboard*);
- Gewisselde correspondentie, portefeuille-overzichten en transcripties van gesprekken, in een zaak waarin de belegger wilde aantonen onjuist te zijn geadviseerd (Vzngr. 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, LJN AI0663 *Santema/Van Lanschoot*);
- Bankafschriften terzake betaal- en spaarrekeningen, in een zaak waarin erfgenamen zich een oordeel wilden vormen over wat er met de bankrekeningen van de erflater was gebeurd (Rb. Maastricht 12 november 2003, LJN AN8413 *X/Rabobank Voerendaal*);
- Bankafschriften en stukken uit een fiscale procedure, in een geval dat erfgenamen van mening waren dat aan de nalatenschap vermogen was onttrokken (Rb Amsterdam 24 augustus 2005, LJN AU4935);
- Procesdossier uit een tegen eigen octrooigemachtigde gevoerde procedure, in een geval van veronderstelde inbreuk op een octrooi – waarbij schadeberekeningen werden uitgesloten van inzage (Rb 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPr 2006, 25 *Wijbenga Machines/Eisenkolb*);
- Procesdossier met betrekking tot de nietigheid van een merk (Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2006, LJN AY7534 *Layer/Stacform*)

26.8 Uitzonderingen

De wet maakt een uitzondering voor het verschaffen van bescheiden (a) door geheimhouders, (b) door degene die zich met vrucht beroept op een gewichtige reden en (c) als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling anderszins is gewaarborgd.

Geheimhouders uit hoofde van hun beroep of ambt hebben een verschoningsrecht omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 165 lid 2 sub b Rv). Zij zijn ook niet gehouden inzage te verschaffen in bescheiden die uit de hoedanigheid te zijner beschikking staan (art. 843a lid 3 Rv).

Zie:

Advocaat HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 Panholzer/Pancuk;

HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174 Mr. Schad.

Notaris HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 Slager q.q./Mr. Maas;

HR 25 september 1992, NJ 1993, 467 Mr. Van Eijck/Tomol;

HR 11 maart 1994, NJ 1995, 2 Holland en Teeuwen;

HR 18 december 1998, NJ 20900, 341 Van Olst/Ontvanger;

HR 15 oktober 1999, NJ 2001, 42 Kilbarr/Holland en Teeuwen,

HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 Herengracht/De Jonge Urbach m.b.t. de notaris als partij-getuige.

Juridische medewerker bureau voor rechtshulp: HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 176 Mr. Brouwer/Zürich.

Medicus HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016 Dr. Bos

HR 23 november 1990, NJ 1991, 761 Westra.

Van gewichtige redenen die aan het verschaffen van inzage in de weg staan is niet snel sprake.

Te denken valt aan:

- Vertrouwelijke gegevens betreffende seksuele geaardheid, medische status of financiële positie (Parl. Gesch.);
- Vertrouwelijke bedrijfsgegevens (Parl. Gesch.), zie echter Hof Amsterdam, 8 januari 1998, NJ 1998/750 *Laddrak/VSB Bank*;
- Correspondentie met geheimhouders (Rb. Zutphen 7 mei 2003, JBPr 2003, 66 *Rabobank Harderwijk/Leisureplan*);
- Intern memo dienend ter voorbereiding van verdediging in civiele procedure tegen verzoeker tot inzage (Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, LjN AM7927 *Jongerius/Rockwool*);

Als redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde bescheiden is gewaarborgd, komt de vordering tot afgifte niet voor toewijzing in aanmerking. Daarbij valt te denken aan de mogelijkheid wenselijk geacht bewijs te leveren door getuigen of een deskundigenbericht – al dan niet voorlopig.

Of inderdaad dwangsommen zijn verbeurd wegens schending van IE-rechten van verzoeker hoeft niet te worden vastgesteld aan de hand van bescheiden, maar kan ook op andere wijze zoals door een deskundigenbericht (Vzngr. Breda 25 oktober 2006, LjN AZ1374 *SLC/Stakenburg*).

26.9 Procedure

Een vordering ex art. 843a kan zowel in kort geding als in een lopende procedure worden ingesteld. In de lopende procedure wordt het ingesteld bij wijze van incidentele provisionele vordering.

Dat betekent dat het in de lopende procedure, in ieder stand van die procedure, kan worden ingesteld bij conclusie van eis in incident. Het betekent tevens dat de vordering leidt tot een provisioneel vonnis, dat vatbaar is voor appel ongeacht de vraag of de hoofdzaak al tot een

eindvonnis heeft geleid.

26.10 Bewijsbeslag

In art. 1019b e.v. is een regeling opgenomen voor conservatoir beslag op bewijsmiddelen met betrekking tot een (eventueel: dreigende) inbreuk op een recht van intellectuele eigendom.

Dit beslag komt uitsluitend in conservatoire vorm voor. Doel is uitsluitend te voorkomen dat mogelijk bewijsmateriaal verloren kan gaan. De beslaglegger komt geen recht op afschrift of inzage toe.

De inbeslag genomen bewijsmiddelen dienen te worden bewaard door een deurwaarder, totdat vast staat wat met de bewijsmiddelen moet gebeuren.

Een algemene regeling om middels conservatoir beslag reeds op voorhand te voorkomen dat bescheiden die tot bewijs zouden kunnen verduisterd worden, kent de wet niet. Een basis kan evenwel gevonden worden in art. 730 jo 843.

Het beslag zou dan aan de vereisten van 1019b e.v. moeten voldoen, dat wil zeggen dat de beslaglegger geen inzage heeft in de in beslag genomen bescheiden, totdat bij rechterlijke uitspraak anders is beslist. Als eis in de hoofdzaak zou art. 843a moeten gelden – al dan niet bij wijze van voorlopige voorziening.

Literatuur en rechtspraak zijn verdeeld over de toelaatbaarheid van bewijsbeslag.

Bewijsbeslag in niet-IE zaken werd geoorloofd (althans op zichzelf niet ongeoorloofd) geacht in Vzngr. 's-Hertogenbosch 27 maart 2002, JBPr 2002, 10 m.nt. A. van Hees, Den Bolderwagen/Wasziederij de Vesting ; Hof Amsterdam 12 september 2002, 885/02 SKG (te kennen uit Ekelmans, De exhibitieplicht in kort bestek Paris, Zutphen 2007, p. 57) ;Vzngr Middelburg 6 juli 2006 LJV:AZ0501 CdMR/Scheldepoot (want de rechtbank hanteert de in de openbare beslagsyllabus opgenomen regelingen bij de beoordeling van rekestes); Vzngr Haarlem 2 februari 2007, LJV:AZ7827, NJF 2007, 284 mBlox/XSGranted; Rb. Amsterdam 28 maart 2007, LJV:BA3125 en LJV:BG3882 BDS/NOS; Vzngr Amsterdam 19 april 2007 LJV:BA3673 Banque Artesia; Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2007 LJV:BB3970 *Nedi Trade*; Rb Dordrecht 3 oktober 2007 LJV:BB4887 *Hoogendonk/Dutch Spiral*; Rb Arnhem 26 maart 2008 LJV:BC8823 *Ballast Nedam/Fraberger*; Rb 's-Hertogenbosch 21 mei 2008, LJV:BD2308 *Perfect Finishing/Laurus* ; Ktr Utrecht 1 oktober 2008, LJV:BF3786; Hof Amsterdam 2 december 2008, LJV:BG9051 *Autoplanning*; Vzngr Arnhem 16 maart 2009, LJV: BH6158 *Internetvakbond/VIA*; Vzngr. Utrecht 18 maart 2009, LJV:BH6128; Vzngr Zwolle-Lelystad 28 april 2009, te kennen uit Hof Arnhem 1 september 2009 LJV:BJ6980 *Intallned/Kucera* ad 1.10.; Vzngr. Middelburg 6 juli 2006, LJV:AZ0501 CdMR/Scheldepoot ; Rb Haarlem 27 februari 2009, LJV:BH6255 *Autoplanning*; Vzngr. Rotterdam 3 september 2009, LJV:BJ7141 *Vision Led Lighting*.

Bewijsbeslag werd niet mogelijk geacht in Hof 's-Hertogenbosch, 30 mei 2007, LJV:BA9007 *EBM/ESQ* (bewijsbeslag strekt niet tot afgifte i.z.v. 730 maar – ex art. 843a en 162 – tot bewaring en (uiteindelijk) inzage); Vzngr Zutphen 23 januari 2008 LJV:BC2626 *Meat Provider* (het beslag mist wettelijke basis); Hof Leeuwarden 4 augustus 2009, JBPr 2009, 59 nt. T.S. Jansen *Kohler/De Melker* (bewijsbeslag strekt niet tot afgifte i.z.v. 730 maar – ex art. 843a en 162 – tot bewaring en (uiteindelijk) inzage, bovendien is deurwaarder niet bevoegd de woning te doorzoeken);

Vanwege dit gebrek aan eensluidende beoordeling, is in het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de sectoren Civiel van de rechtbanken op 23 november 2009 besloten het oordeel over de vraag of bewijsbeslag in niet-IE zaken mogelijk is over te laten aan de rechtspraak, in de hoop dat de Hoge Raad daarover uitsluitse zal verschaffen.

Om te voorkomen dat de beslaglegger inzage krijgt in de in beslag genomen bescheiden, gelden strikte waarborgen overeenkomstig 1019a e.v. Rv.

Als eis in de hoofdzaak zal vrijwel altijd een vordering ex art. 843a Rv hebben te gelden.

Een vordering ex art. 843a kan zowel in kort geding als in een lopende procedure worden ingesteld. In het laatste geval wordt het ingesteld bij wijze van incidentele provisionele vordering. Dat betekent dat het in de lopende procedure, in iedere stand van die procedure, kan worden ingesteld bij conclusie van eis in incident.

Volgens Hof Leeuwarden 16 maart 2010 *L/M:BL7896* staat tegen een afwijzende beslissing in incident geen hoger beroep open. Ik meen evenwel dat sprake is van een incidenteel provisioneel vonnis, waartegen ex art. 337 wel hoger beroep open staat. Het verdient, in het licht van de uitspraak van het Hof Leeuwarden, wellicht aanbeveling de vordering ex art. 843a – ook in een lopend geding – in te stellen in kort geding ex art. 254, waardoor tegen een afwijzend oordeel beroep kan worden ingesteld ex art. 332.