December 2022, nr. 6

ARTIKELEN

Het appelprocesrecht: hordeloop in toga
W.A. Jacobs

Serie: De procespraktijk en het wapen van cassatie, deel 2
M.J. van Basten Batenburg

Inleiding: moderne bewijslevering door videobeelden
R. Verkijk

Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (X)
A.W. Jongbloed

De herschikking van de Bewijsverordening en de Betekeningsverordening
S. Stuij

BOEKEN

KORT EN BONDIG

Inhoudsopgave 2022

Tijdschrift voor de Procespraktijk

(voorheen Praktisch Procederen)

Tijdschrift voor de Procespraktijk is speciaal bestemd voor de rechtshulpverleners die procederen in zaken op het gebied van verbintenissenrecht, consumentenrecht, arbeidsrecht/sociale zekerheid en huurrecht. De nadruk ligt op praktische procesrechtelijke informatie voor rechtshulpverleners die regelmatig procederen.

Redactie

prof. mr. A.W. Jongbloed (voorzitter)
hoogleraar Executie- en beslagrecht bij de Disciplinegroep Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Amsterdam en Arnhem-Leeuwarden

mw. prof. mr. M.J.A.M. (Margreet) Ahsmann
rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag en emeritus bijzonder hoogleraar Rechtspleging Universiteit Leiden

mr. O.J. Boeder
gerechtsdeurwaarder Boeder gerechtsdeurwaarders en incasso en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Zeeland-West-Brabant

mr. J.C. Heuving
advocaat Lean Lawyers en docent Burgerlijk Procesrecht Universiteit van Amsterdam

mw. mr. W.A. Jacobs
advocaat bij Alt Kam Boer en raadsheer-plaatsvervanger in het hof Den Bosch

mr. H.M.M. Steenberghe
senior rechter in de rechtbank Midden-Nederland

mr. D.C. Theunis
advocaat bij Blaisse

mr. dr. R. Verkijk
raadsheer in het hof Arnhem-Leeuwarden

mw. mr. E.T. Visser
advocaat bij Stibbe

Redactiesecretaris
W.M. Jansen van der Sligte-de Koning
e-mail: wmsligte@lexafa.nl
Postadres: Uitgeverij Paris, Postbus 4083, 7200 BB Zutphen

Medewerkers
mr. P. van den Berg (Lean Lawyers)
mr. S.L. Boersen (Stek)
mr. J.J.L. Boudewijn (Van der Hoeden | Mulder, Kamer voor Gerechtsdeurwaarders (rechtbank Amsterdam))
mr. A. Broek (Van Diepen Van der Kroef)
mr. Th.S.M. Fraai (HVG Law)
mr. E. Goemans (Kennedy Van der Laan)
mr. S. Heeroma (Pels Rijcken)
mr. E.M. Hoogervorst (Houthoff)
mr. drs. T.S. Jansen (Lexence)
mr. S. van der Lugt (HVG Law)
mr. S.M. van der Meer (Boontje Advocaten)
mr. S. Nocco (Buik & Van der Horst Gerechtsdeurwaarders)
mr. dr. S. Stuij (VU)
mr. M. Tak (CMS)
mr. S. van der Vegt (JPR Advocaten)
prof. mr. dr. R.J. Verschoof (rechtbank Midden-Nederland)
mr. E.L.H. van der Vos (Stibbe)
mr. C.E. Wilcke (Blaisse)
mr. A. Yazdanpanah (Lean Lawyers)

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het tijdschrift.

Voor gegevens uitgever en abonneeadministratie zie binnenkant achteromslag.

Inhoud

Artikelen

Redactioneel
Het appelprocesrecht: hordeloop in toga 189
W.A. JACOBS

Burgerlijk procesrecht
Serie: De procespraktijk en het wapen van cassatie, deel 2 195
M.J. VAN BASTEN BATENBURG

Inleiding: moderne bewijslevering door videobeelden 202
R. VERKIJK

Procesrecht
Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (X) 209
A.W. JONGBLOED

Europees recht
De herschikking van de Bewijsverordening en de Betekeningsverordening 214
S. STUIJ

Inhoudsopgave 2022 238

Boeken

K.G.F. van der Kraats, *Het civiele procesrecht als struikelblok. Over de rechtsbescherming van mensen zonder juridische kennis*, Den Haag: Boom juridisch 2022, 50 pagina's, ISBN 978-94-6212-6718, € 27,50 221
J. HOEVENAARS

'Te doen gerechtigheid': bespiegelingen bij de oratie van mr. K. van der Kraats 223
R.J.M. CREMERS

Kort en bondig

Procesrecht 226
Verbintenissenrecht/consumentenrecht 228
Huurrecht 232
Arbeidsrecht 234
Europees proces- en privaatrecht 235

mvw
media voor vak
& wetenschap

Het appelprocesrecht: hordeloop in toga

Over de moeilijkheden, vereenvoudiging en de Experimentenwet

W.A. JACOBS*

In de gemiddelde civiele procedure komt de advocaat vele processuele hindernissen tegen. Over de in dit stuk geïnventariseerde problemen in het appelprocesrecht is door menig schrijver verzucht dat het bij tijd en wijlen gaat om een 'mijnenveld' of 'hordenlopen'. De projecten vanuit de rechtspraak waarin op procesrechtelijk gebied wordt geëxperimenteerd zijn echter tot nog toe niet gericht op het appelprocesrecht. Oplossingen voor de problemen vanuit de jurisprudentie zijn mogelijk, maar laten op zich wachten. De nog niet in werking getreden nieuwe Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging (*Stb*. 2020, 223) voorziet in de mogelijkheid van experimenten op een breed gebied van het procesrecht. Hoewel ook de wetgever hierbij niet echt op het appelprocesrecht lijkt gefocust, biedt de wet mijns inziens wel mogelijkheden dit procesrecht als experiment gebruikersvriendelijker te maken.

1. Kan het wat eenvoudiger?

Het beroepsleven van een advocaat gaat soms niet over rozen, maar over horden. Voor zover zijn werk het voeren van procedures betreft, is kennis van het materiële recht en het procesrecht natuurlijk noodzakelijk alsmede een voortdurende oplettendheid zodat beroepsfouten worden voorkomen. Nu is de maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid al sinds jaar en dag de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot.[1] Dat lijkt een haalbare lat, maar de huidige regelgeving en jurisprudentie vragen van deze beroepsgenoot een kennisniveau op processueel gebied dat niet misstaat in een vacature voor een advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Alt schreef in 2019 dat Nationale Nederlanden stopt met de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van – onder meer – advocaten. Navraag bij deze maatschappij leerde hem dat tot deze maatregel was gekomen omdat – ook na premieverhoging – de verzekering niet langer kostendekkend te maken was. Het leeuwendeel van de gemaakte fouten zag op procedurele aspecten zoals termijnen.[2] De complexiteit van het procesrecht werd in de loop der tijd niet minder, maar eerder meer, met name in het appelprocesrecht. In 2013 schreef Duk in de bundel voor Rob Meijer onder de omineuze titel 'Het einde van de advocatuur zoals u die kende?' over de hordenloop die de advocaat moet volbrengen in civiele zaken gezien het toegenomen aantal processuele perikelen.[3] Ik vroeg mij af: kan het wat eenvoudiger?

2. Vernieuwing ziet tot nog toe vooral op de eerste aanleg

Eenvoudiger kan het, maar de focus voor vernieuwing of vereenvoudiging van procedures ligt op dit moment, afgezien van het nieuwe bewijsrecht, vooral op de

---

* Mr. W.A. Jacobs is cassatieadvocaat bij Alt Kam Boer advocaten en redacteur van dit tijdschrift.

1. Dat geldt indien de advocaat wordt aangesproken als contractspartij (als opdrachtnemer) en is ook mede bepalend wanneer hij dat niet is en hij uit hoofde van onrechtmatige daad wordt aangesproken, HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, *NJ* 2016/66, m.nt. Van Schilfgaarde.
2. H.J.W. Alt, 'Na een reset van KEI ook een reset voor het burgerlijk procesrecht in vorderingszaken?', *NJB* 2018/1759.
3. R.A.A. Duk, 'Het einde van de advocatuur zoals u die kende?', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer. Liber Amicorum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 75-76. De term hordenloop wordt ook gebruikt door F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, noot 101 op p. 300, R.H. de Bock, *AA* 2020, p. 48 (over civiel procesrecht in het algemeen) en J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: P.A. Wackie Eysten (red.), *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 234 (over procederen in het algemeen).

eerste aanleg en daarbij op consumenten[4] en het midden- en kleinbedrijf (mkb).[5] Er is het wetgevingsprogramma 'Verbetering van het burgerlijk procesrecht', dat het kabinet in gang heeft gezet[6] in het kader van het streven naar maatschappelijk effectievere rechtspraak.[7] Het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht[8] en de Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging[9] (hierna: de Experimentenwet) maken deel uit van het wetgevingsprogramma.[10]

Uit de memorie van toelichting bij de Experimentenwet blijkt dat de wetgever meent dat het huidige reguliere procesrecht voor de burgerlijke rechter 'uitgebreide juridische mogelijkheden kent die vooral van belang zijn voor complexe geschillen'.[11] Het benutten van de uitgebreide juridische mogelijkheden die de minister ziet, is soms echter niet zo eenvoudig, zeker niet in appel. Het appelprocesrecht is in de jurisprudentie steeds verder verfijnd en daarmee gecompliceerd. Vooralsnog lijkt appelprocesrecht echter niet de focus van vernieuwing en vereenvoudiging vanuit de rechtspraak of de wetgever te zijn, terwijl de advocaat daar van goeden huize moet komen wil hij in een procedure aan het langste eind trekken. Ik ga de hoogste horden in het appelprocesrecht hieronder na: het tussentijds appel, het grievenstelsel, de devolutieve werking en de tweeconclusieleer en ga daarna in op wat er aan gedaan zou kunnen worden.

3. Horde 1: tussentijds beroep

3.1. De hoofdregels zijn al niet heel simpel

De hoofdregel van artikel 337 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) (en art. 358 lid 1 en 4 Rv voor verzoekschriftprocedures) is bekend: beroep tegen tussenuitspraken alleen tegelijkertijd met het beroep tegen de einduitspraak, tenzij de rechter anders heeft bepaald. Die bekendheid geldt ook voor de belangrijkste uitzondering dat als de rechter in een tussenuitspraak in een uitdrukkelijk dictum beslist over enig deel van het gevorderde, de tussenuitspraak in zoverre een einduitspraak is[12] waarvoor de appeltermijn gaat lopen. Het is dan mogelijk bij dat appel ook het tussenvonnisgedeelte te bestrijden, waarbij waakzaamheid geboden is, want met dat bestrijden is meteen de enige keer 'schieten' benut.[13] Daarnaast geldt dat dit alleen kan indien er ook een klacht tegen het eindvonnisgedeelte is gericht.[14] Voor tussenvonnissen waarbij appelverlof is verkregen geldt dit laatste dan weer niet: ook zonder grieven tegen het laatste vonnis kunnen de overige vonnissen worden aangevallen.[15] Alertheid is vereist bij uitspraken over een voorlopige voorziening voor de duur van het geding. Die zijn volgens lid 1 van artikel 337 Rv meteen appellabel, ook een uitzondering dus, maar daarvoor geldt niet dat het tussenvonnis(gedeelte) mag worden 'meegenomen' in het appel.[16] Beslissingen over de voortgang en de instructie van de zaak zijn geen voorlopige voorzieningen,[17] evenmin als de beslissing op een artikel 843a Rv-vordering.[18]

3.2. Complicatie: verschillende eindstadia voor verschillende partijen

Waar men ook bedacht op moet zijn is de situatie waarin niet voor alle partijen sprake is van een einduitspraak waarbij het geding tot een einde komt. Wanneer geweigerd wordt een derde te laten tussenkomen of zich te voegen is duidelijk dat de incidentele uitspraak ten opzichte van de derde een einduitspraak is. Hij mag immers niet 'meedoen', en appel staat meteen open.[19] Ook goed te begrijpen is dat de getuige die zijn beroep op het verschoningsrecht afgewezen ziet, van deze (ten opzichte van de getuige) einduitspraak meteen in beroep kan.[20] Wat minder voor de hand liggend is de regel dat als de rechter het beroep op het verschoningsrecht gegrond verklaart, de partij die de getuige wilde horen, daartegen alleen tegelijk met de einduitspraak of met verlof in hoger beroep kan.[21] Alertheid

4. In de rechtbank Noord-Holland is op 1 januari 2019 een project met de bouwrechter voor consumentengeschillen in (ver)bouwzaken van start gegaan. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 6.
5. De regering noemt onder meer een vereenvoudigde procedure voor handelsgeschillen in het mkb, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 22. Zie ook E. Hoogervorst & P. Jahan, 'De Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging nader beschouwd', *TCR* 2020, afl. 3, p. 123.
6. Zie ook het regeerakkoord 2017-2021 dat op p. 5 vermeldt dat bestaande juridische procedures te complex zijn en niet altijd voldoen voor het oplossen van alledaagse problemen van burgers, open.overheid.nl/repository/ronl-20f5fe94-8f10-4370-8488-8d3ba568bb4c/1/pdf/Regeerakkoord%20_Vertrouwen%20in%20de%20toekomst_.pdf.
7. Zie daarover *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 3.
8. *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 1-4, ingediend op 18 juni 2020.
9. Wet van 24 juni 2020, houdende regels inzake invoering van een tijdelijke mogelijkheid voor experimenten in de rechtspleging (Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging) (*Stb*. 2020, 223). Zie voor de parlementaire behandeling *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 1-24 en *Kamerstukken I* 2019/20, 35263, A-D.
10. De rechtspraak hoopte dat deze laatste wet deze zomer zou zijn ingevoerd, maar een inwerkingtredings-KB is er nog niet. In mei 2022 schreef de minister in antwoord op Kamervragen dat de inwerkingtreding 'in de loop van dit jaar' wordt verwacht, zie *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 2764 p. 6, antwoord 12 en 13. Zie https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20212022-2764.pdf.
11. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 2.
12. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924, *TvPP* 2022, afl. 2, p. 56, *RvdW* 2022/27 (*X c.s./Gemeente Borger-Odoorn*). Blijkens r.o. 3.2.6 ziet het arrest ook op tussentijds hoger beroep van tussenbeschikkingen op de voet van art. 358 lid 4 Rv.
13. HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3160, r.o. 3.3.4, *NJ* 2012/582, m.nt. H.B. Krans.
14. HR 17 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0076, *NJ* 1992/85, m.nt. H.J. Snijders.
15. Zie HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924, r.o. 3.2.2 aanhef en onder c (*X c.s./Gemeente Borger-Odoorn*).
16. HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5056, *RvdW* 2009/268.
17. HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:644, *NJ* 2021/167.
18. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, *NJ* 2013/288.
19. HR 24 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1703, *NJ* 1993/548, m.nt. Mörzer Bruyns.
20. Deze appelmogelijkheid geldt exclusief voor de getuige, niet de partij die hem wil horen, HR 17 november 1967, *NJ* 1968/164. Daarbij is het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt een doorslaggevende factor, HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8490, *NJ* 2005/455, m.nt. Asser.
21. HR 17 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5174, *NJ* 1987/352, m.nt. Haardt.

is ook vereist wanneer een rechter oordeelt dat de curator het geding overneemt: dit houdt tevens de vaststelling in dat de bestuurder van de vennootschap buiten het geding is gesteld en dit is een einduitspraak ten opzichte van die partij.[22] Lastiger is nog dat ook de aantekening in het roljournaal dat de curator het geding overneemt zo'n appellabele beslissing is. Waakzaamheid van de advocaat is vereist. De appeltermijn begint immers te lopen.[23] Verstijlen verzucht dat in de loop der tijd het toch al niet eenvoudige systeem van lopende rechtsvorderingen in artikel 25-31 Faillissementswet (Fw) nog complexer is geworden. Hij schrijft dat zo ongeveer elke stap die wordt gezet, een beslissing van de rechter vergt: 'Ga er maar aan staan. Het komt geregeld voor dat tot aan de Hoge Raad wordt geprocedeerd, om duidelijk te krijgen of en door wie de aanhangige procedure kan worden voortgezet, waar het eigenlijk om te doen is.'[24]

3.3. Positief intermezzo: valt het wel mee met de ingewikkeldheid?

Toch is van veel van deze regels de logica wel te bevroeden. Verschillende voorbeelden waarbij ik vermeldde dat het logisch is hoe het geregeld is, passeerden al de revue. Ook een cartografisch arrest van de Hoge Raad zoals *X c.s./Gemeente Borger-Odoorn*, waarin het tussentijds beroep in kaart gebracht wordt, helpt de juiste route te vinden.[25] Desalniettemin blijft het stelsel met al zijn uitzonderingen ingewikkeld. Met Kingma denk ik ook dat veel ontwikkelde regels 'herleidbaar zijn tot duidelijke uitgangspunten, maar een duidelijk uitgangspunt kan tot verschillende regels leiden (wat reeds hieruit blijkt dat de Hoge Raad niet zelden afwijkt van de conclusie van de Advocaat-Generaal)'. Deze observatie gaat ook op voor de hierna te behandelen horden van het appelprocesrecht. Kingma wijst er ook nog op dat misslagen van advocaten geen afdoende verklaring bieden voor het feit dat de Hoge Raad zich in ruim veertig jaar tijd een kleine vijftig maal geroepen heeft gevoeld arresten te wijzen waarin het leerstuk van het tussentijds beroep verder is ontwikkeld.[26]

En het slechte nieuws is: is de horde van tussentijds appel genomen, dan moeten de, naar mijn gevoel meest beschreven, ingewikkeldheden nog komen: het duo grievenstelsel en devolutieve werking met in de zijspan de tweeconclusieleer. Ook hier een in de loop der tijd steeds verder verfijnd stelsel.

4. Horde 2: het grievenstelsel en de tweeconclusieregel

Het grievenstelsel maakt dat de appelrechter niet de hele zaak weer opnieuw hoeft te bekijken, dat is een simpel en efficiënt uitgangspunt. De (incidenteel) appellant maakt met zijn grieven duidelijk waar het hem in hoger beroep om gaat. Van hem en van geïntimeerde wordt verwacht dat in het eerste processtuk, de (incidentele) memorie van grieven of memorie van antwoord, waarin hij aan het woord is, het lukt om een eiswijziging[27] en alle relevante stellingen, grieven[28] en verweren[29] naar voren te brengen (de tweeconclusieregel, art. 347 lid 1 Rv). Daarna geldt in principe dat de klachten of verweren niet meer mogen worden aangevuld, al zijn hierop weer diverse uitzonderingen mogelijk.[30] De (in beginsel strakke) regel sluit bovendien niet uit dat een partij een klacht uitwerkt in een nadere conclusie of bij pleidooi. Eenvoudige regels, maar oplettendheid is vereist: er kan zomaar een principaal verweer verpakt zijn in een incidentele grief.[31] Over de vraag of een uiting in een memorie van antwoord in het incidenteel appel een toegestaan nieuw verweer in het incidenteel appel vormt of een onoorbare te late nieuwe grief in het principale appel, kan soms verschillend worden gedacht. Zo week het oordeel van de advocaat-generaal op dit punt af van het oordeel van de Hoge Raad in een arrest van 8 februari 2013.[32] Ook de grens tussen een nadere uitwerking en een nieuwe grief is moeilijk te trekken, of zelfs flinterdun.[33] Voor de praktijk is de tweeconclusieregel dan ook niet eenvoudig toepasbaar. Lewin verzucht dat deze regel, zoals die thans luidt, zo complex is.[34] Valk constateert dat de regel bovendien contraproductief is, omdat het om alles of niets gaat, een soepelere hantering van de

22. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100, *NJ* 2018/339.
23. HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:416, *NJ* 2020/222, m.nt. Verstijlen.
24. HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:416, *NJ* 2020/222, m.nt. Verstijlen.
25. Hoewel een overzichtsarrest ook niet alles kan behandelen. Zo miste ik de meer expliciete vermelding dat indien van een eindvonnisgedeelte in een tussenvonnis wordt opgekomen het *ter keuze* van appellant is of hij het tussenvonnisgedeelte meeneemt (en als hij het meeneemt mag hij maar één keer schieten). Dit is in de literatuur niet helemaal onomstreden, zie R.S. Meijer, 'Tussentijds beroep van deelvonnissen, een kwestie van willen, weten en moeten', in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk. Liber amicorum P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 201 e.v. maar is door de Hoge Raad zo beslist in HR 7 december 1990, r.o. 3.5.6, *NJ* 1992/85, m.nt. Snijders en HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96, r.o. 3.3.2, *NJ* 2019/58.
26. cassatieblog.nl/wp-content/uploads/2012/05/Kingma-Tussentijds-beroep-TCR-2010-1.pdf.
27. HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7064, *NJ* 2013/6, m.nt. Snijders.
28. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, *NJ* 2015/414. Grieven zijn alle gronden die een (incidenteel) appellant aanvoert waarom de bestreden uitspraak moet worden vernietigd, HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8435, *NJ* 2004/341.
29. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, *NJ* 2013/7.
30. HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. Snijders. Bij ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij, indien onverkorte toepassing van de regel in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde, of wegens de bijzondere aard van de desbetreffende procedure, zie F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Asserserie Procesrecht, Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 107-115.
31. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1097, *NJ* 2018/318.
32. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, *NJ* 2014/175, m.nt. Snijders.
33. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2018, nr. 116.
34. G.C. Lewin, 'De in beginsel soepele regels van het appelprocesrecht', in: R. de Bock & R. Klomp (red.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 182.

regel heeft zijn voorkeur.[35] Dat zal menig advocaat met hem eens zijn.

5. Horde 3: de devolutieve werking

Ook de devolutieve werking[36] van het appel is efficiënt van karakter. De negatieve zijde ervan beperkt het geschil tot hetgeen in de grieven en eis is voorgelegd. Op grond van de positieve zijde ervan moeten, binnen het kader van de grieven en de eis, de stellingen die partijen in eerste aanleg hebben ingenomen in hoger beroep alsnog worden behandeld voor zover zij niet zijn prijsgegeven, ook als de rechtbank die heeft verworpen.[37] Dit geldt voor verweren[38] en ook voor de gronden van de eis.[39] De regeling voorkomt herhaling van zetten, maar werkt voor de geïntimeerde gunstiger uit dan voor de appellant. Appellant moet immers met overtuigende grieven komen, terwijl bij het slagen daarvan alsnog, zo nodig ambtshalve, de door geïntimeerde in eerste aanleg verdedigde stellingen dienen te worden behandeld. Men kan twisten over de evenwichtigheid hiervan.[40] De gesignaleerde onevenwichtigheid is nog versterkt door het feit dat zowel voor appellant als voor geïntimeerde geldt dat hij in appel zijn verhaal in beginsel in maximaal 25 pagina's moet doen.[41] Geïntimeerde wordt door de positieve zijde van de devolutieve werking geholpen zich te beperken. Een factor voor geïntimeerde om op bedacht te zijn, is echter dat als een grief slaagt en het hof een gedevolueerde stelling van geïntimeerde uit de eerste aanleg beoordeelt, ook de stellingen van appellant die dáár weer tegenover stonden 'meedevolueren'.[42] Maar voor appellant geldt eveneens dat waakzaamheid is geboden: het is niet zo dat het hof appellant voor het bestrijden van het gedevolueerde verweer van geïntimeerde weer aan het woord moet laten, appellant moet daarop anticiperen.[43] En ook voor het grievenstelsel en de devolutieve werking geldt: het uitgangspunt is geen rustig bezit en is in de loop der tijd verfijnd. Zo is met het arrest *Fafianie* onzekerheid ontstaan over de vraag hoe passief de geïntimeerde kan blijven als de rechtbank een deel van zijn stellingen heeft verworpen, en wordt geadviseerd zekerheidshalve maar incidenteel te appelleren ook al gaf de rechtbank hem in het dictum (gedeeltelijk) gelijk.[44]

6. Alom kritiek op het grievenstelsel, de devolutieve werking en de tweeconclusieleer

Het voert te ver om in het kader van dit redactioneel verder op de finesses van het systeem van het grievenstelsel en de devolutieve werking in te gaan. Maar gezien het voorstaande spreekt het interimrapport *Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* niet voor niets over de hoofdbrekens waartoe de verhouding tussen het grievenstelsel en de devolutieve werking in concrete gevallen leidt.[45] In haar reactie op dit rapport heeft de regering ook geconstateerd dat de leer van de devolutieve werking ingewikkeld is en verfijnd, en in zijn details de kennis van de gemiddelde rechtshulpverlener overstijgt.[46] Beekhoven van den Boezem signaleert dat afschaffing van het ingewikkelde leerstuk van de devolutieve werking op zichzelf al een wenselijke vereenvoudiging meebrengt die hof en partijen tijd bespaart en de kans op fouten beperkt, met kwaliteitsverbetering tot gevolg.[47] Bakels e.a. merken in de Asserserie op dat het systeem van grievenstelsel en devolutieve werking vaak als moeilijk wordt ervaren en dat zelfs ervaren appelrechters soms moeite hebben met de devolutieve werking.[48] Snijders noemt het appelprocesrecht op dit punt een mandarijnenwetenschap.[49] Ook Ynzonides schrijft dat het leerstuk van de devolutieve werking veel te ingewikkeld is geworden[50] en dat zowel advocaten als de gerechtshoven op dit punt fouten maken. Hammerstein merkt op dat de devolutieve werking van het appel de schrik is van menig raadsheer. Hij omschrijft deze werking als een torpedo die volkomen onverhoeds een midscheepse

35. L. Valk, 'De tweeconclusieregel herzien', in: R. de Bock & R. Klomp (red.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 277 e.v. Zie in soortgelijke zin: A. Wendels, *Civiel appel*, bewerkt door H.J. Snijders, Deventer: Kluwer 2009, p. 157.
36. Zie uitgebreid over de devolutieve werking R.F.C. Keijser, *De devolutieve werking van het civiel appel*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2017.
37. Zie echter met betrekking tot verworpen verweren de hierna te bespreken onzekerheid als gevolg van het arrest *Fafianie* van de Hoge Raad.
38. Soms gaat dit verkeerd, zie bijvoorbeeld HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:319, *RvdW* 2020/303.
39. Zie bijvoorbeeld HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:144, *NJ* 2020/61.
40. Zie F.B. Bakels, 'Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken', *WPNR* 1990/5951, p. 149, nr. 6: de verschillende behandeling van partijen wordt voor het rechtsgevoel als een onevenwichtigheid ervaren. Zie ook H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, bewerkt door A. Hammerstein, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 81, sprekend over 'een zekere onevenwichtigheid'.
41. HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824, *RvdW* 2022/559, zie over dit arrest J.C. Heuving, 'Een limiet aan de lengte van processtukken in hoger beroep: zo eenvoudig ligt het niet', redactioneel in *TvPP* 2022, afl. 4, p. 111-114.
42. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2018, nr. 137.
43. HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1428, *NJ* 2005/ 24.
44. Hiertoe wordt geadviseerd door Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2018, nr. 4, onder iii. Het *Fafianie*-arrest (HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514, *NJ* 2012/583) is bekritiseerd door velen, zie onder meer A. Hammerstein, 'Appelrechters kunnen van elkaar leren', *TCR* 2014/3, p. 71, A.C. van Schaick, *NTBR* 2013/1 en B.T.M. van der Wiel, noot in *JBPR* 2013/17.
45. W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 197, noot 441.
46. *Kamerstukken II* 2006/07, 30951, nr. 1, p. 22.
47. Vgl. M. Beekhoven van den Boezem in: A. Hol & J. Verburg (red.), *Innoverende Hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 170-171.
48. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2018, nr. 91.
49. H.J. Snijders in zijn noot onder HR 11 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6015, *NJ* 2005/282.
50. M. Ynzonides in: A. Hol & J. Verburg (red.), *Innoverende Hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 207.

treffer veroorzaakt, met als gevolg de roemloze ondergang van een met zorg gemaakt arrest.[51] Het lijkt er dus op dat geen van de procesdeelnemers erg te spreken is over de complexiteit van dit deel van het procesrecht.
Daarbij komt dat een in beginsel strakke hoofdregel als de tweeconclusieleer wel erg stringent is en als er geen beroep op een uitzondering mogelijk is, valt het doek voor wellicht heel relevante informatie. Natuurlijk is eindeloos met nieuwe stellingen komen enorm vertragend. Maar Huydecoper[52] wijst erop, en ik onderschrijf dat uit eigen ervaring van harte, dat de maatschappelijke werkelijkheid is dat in de loop van de procedure gegevens in een ander licht komen te staan, juist door het partijdebat. Soms roept dit nieuwe argumenten op met nieuwe onderbouwende gegevens. Daarmee in lijn is dat Makkink pleit voor een pragmatischere benadering van het grievenstelsel, waarbij het doel van het procesrecht, het bieden van rechtsbescherming, voor ogen wordt gehouden.[53]

7. Conclusie: het is (erg) ingewikkeld

Het geeft ernstig te denken dat zulke belangrijke onderdelen van het procesrecht in hoger beroep als het grievenstelsel en de devolutieve werking ook voor ervaren procesdeelnemers zo onduidelijk zijn. De energie die erin gestoken moet worden om alle voetangels en klemmen in het appelprocesrecht in abstracto te doorgronden, in een concrete zaak te doorzien en vervolgens te vermijden, zou beter besteed kunnen worden aan de inhoud van de zaak.
De vraag of het allemaal nu zo ingewikkeld is kan gezien de geschetste problemen wel bevestigend worden beantwoord. Voor de advocaat en zijn cliënt zijn de genoemde leerstukken horden die in de weg kunnen staan aan het verwezenlijken van het materiële recht. Zij kunnen het doek doen vallen voor een onderhanden zaak en aan (een deel van) de inhoud van de zaak wordt dan verder niet meer toegekomen. Wat is hier aan te doen?

8. Oplossingen voor de hordenloop en de nieuwe Experimentenwet

8.1. Aanpassingen via de jurisprudentie

Voor het tussentijds appel is het lastig eenvoudig toepasbare *hard and fast rules* te bedenken. Wel is er met het overzichtsarrest *X/Gemeente Borger-Odoorn*[54] in elk geval overzicht over een groot deel van de (on)mogelijkheden. Voor het grievenstelsel, de devolutieve werking en de tweeconclusieleer geldt dat een mogelijke vereenvoudiging er toch vooral in zit de teugels wat te laten vieren. Een herijking van de verfijnde jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van het grievenstelsel en de tweeconclusieleer zou zeker aan een toegankelijker procedure kunnen bijdragen.
Het is echter de vraag of er vanuit de rechtspraak stappen in die richting zullen worden gezet. Al in 2014 hebben de 'innoverende hoven' geschreven van een deel van het ingewikkelde appelrecht af te willen: het bestaande systeem van de devolutieve werking van het appel moest worden vervangen door een eenvoudiger en beter werkbaar systeem.[55] Zo ver is het echter (nog?) niet gekomen. Oud-raadsheer in de Hoge Raad Asser riep in 2014 de gerechtshoven en Hoge Raad op tot deconstructie van het huidige in de jurisprudentie opgebouwde systeem van grievenstelsel en devolutieve werking. Het stelsel is eindeloos verfijnd, zo merkte hij op, en zou baat hebben bij regels die dienend zijn aan het feit dat recht moet worden gedaan op basis van een deugdelijke feitelijke en juridische grondslag. Ik sluit mij graag bij Asser aan die schrijft dat de grenzen die op dit punt gesteld moeten worden op grond van de goede procesorde, helemaal niet tot in detail a priori hoeven te worden gedicteerd zoals het grievenstelsel nu doet en dat hetzelfde geldt voor wat het gerechtshof wel of niet met het debat in eerste aanleg precies moet doen of nalaten.[56]

Ook de tweeconclusieleer zou mijns inziens indien minder strak en meer gecentreerd rond de goede procesorde tot een betere rechtsbedeling leiden. Valk denkt in deze richting[57] en advocaat-generaal De Bock pleit voor het versoepelen van de regel in haar conclusie in de prejudiciële procedure over beperking van de omvang van de processtukken in appel.[58] Zij wijst er terecht op dat afbakeningskwesties of iets een novum is zich eerder voordoen wanneer de schriftelijke ronde beperkt was. Ook merkt zij terecht op dat een verplichte beperking van de omvang van processtukken meer zal gaan knellen als het zwaartepunt van de procedure ook in appel op de mondelinge behandeling komt te liggen. Inspiratie voor versoepeling zou mijns inziens bijvoorbeeld gevonden kunnen worden in het arrest HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1224, *NJ* 2020/282, over het laatste tijdstip waarop een verweerder in cassatie, die aanvankelijk verstek liet gaan, alsnog verweer kan voeren. Hier geldt de goede procesorde als criterium, waarbij vier weken vóór de datum schriftelijke toelichting of pleidooi (slechts) als belangrijk gezichtspunt dienst doet. Dit biedt ruimte voor maatwerk terwijl partijen wel een duidelijke richtlijn hebben. Ik merk nog op dat artikel 347 lid 1 Rv, gelet op de wetsgeschie-

51. A. Hammerstein, 'Appelrechters kunnen van elkaar leren', *TCR* 2014/03.
52. J.L.R.A. Huydecoper, 'Veranderingen in het procesrecht', *NJB* 2014/1274, afl. 26.
53. G.C. Makkink tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht in 2014, zie het verslag van P.C. Ernste in *TCR* 2015/01. Zie ook zijn betoog in *Het grievenstelsel, nog van deze tijd? Een evaluatie: nodig/wenselijk, alternatieven?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 19 e.v., waarin hij het grievenstelsel een mijnenveld noemt.
54. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924.
55. rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/agenda-voor-de-appelrechtspraak2020.pdf, aanbeveling 9.
56. W.D.H. Asser, 'Column: Deconstructie van grievenstelsel/devolutieve werking. Een appel aan Hoge Raad en hoven', *TCR* 2014, afl. 4, p. 101-102.
57. Valk schrijft dat de regel zich primair tot partijen zou moeten richten waarbij de rechter de vrijheid heeft alsnog stellingen toe te staan indien dit niet in strijd komt met de beginselen van procesrecht, Valk 2020, p. 282 e.v.
58. Concl. A-G 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1228, punt 4.43 en 4.44.

denis, ruimte biedt voor afwijkingen van de tweeconclusieleer. Deze wetsbepaling staat dus niet in de weg aan een rechterlijke verruiming van zulke uitzonderingen.[59]

8.2. Mogelijkheden Experimentenwet

Ondanks de breed gedragen wens te vereenvoudigen, lijken de beschreven problemen echter te duiden op een niet veranderde neiging in de jurisprudentie het systeem te verfijnen. Verandering zal dan uit een andere hoek moeten komen. Wellicht kan de op inwerkintreding wachtende Experimentenwet een aanzet tot die verandering helpen geven doordat experimenten met een brede variëteit aan aanpassingen in het procesrecht mogelijk zijn. Deze wet (art. 1 lid 1) voorziet namelijk in experimenten 'met het oog op het bevorderen van eenvoudige, snelle, effectieve en de-escalerende geschilbeslechting'.[60] Volgens artikel 1 lid 1 onder a tot en met d van de wet kan daarbij worden afgeweken van het Eerste, Tweede en Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering,[61] dus ook van het appelprocesrecht. De wet is onder meer door deze brede opzet kritisch besproken in de literatuur.[62] Ik laat de veelal terechte bedenkingen hier even voor wat zij zijn en focus op de mogelijkheden die de wet biedt. Hoewel de in de memorie van toelichting voorgestelde experimenten hier niet op zien, kan volgens de minister in een experiment worden onderzocht hoe en wanneer in de procedure in hoger beroep de grieven tegen het vonnis in eerste aanleg opgesteld moeten worden.[63] Een dergelijk experiment voldoet dus in de visie van de minister aan de criteria die in de Experimentenwet worden gesteld. De suggestie over het moment van opstellen van de grieven kwam de minister in de literatuur overigens te staan op de opmerking dat het wel zal gaan om het opnemen van de grieven meteen in het appelschrift,[64] dus juist een stringenter beleid. Wellicht heeft hij dit ook bedoeld, maar dat neemt niet weg dat het ook mogelijk is een experiment op te zetten waarin de rechter juist de teugels wat laat vieren. Het is mogelijk te experimenteren met de goede procesorde als maatstaf voor de vraag of een geschilpunt of verweer voldoende duidelijk en tijdig in het appel is betrokken.

Voor wat betreft de devolutieve werking zijn ook experimenten denkbaar. Zo wordt in het definitieve rapport *Fundamentele herbezinning* aanbevolen om deze niet af te schaffen maar wel te beperken.[65] Verweerder in eerste aanleg zou dan tegen de verwerping van (de gronden van) zijn stellingen en verweren bezwaren dienen aan te voeren, ook als het dictum van de rechtbank in zijn voordeel is en hij niet incidenteel appelleert, om daarover een oordeel van de appelrechter te krijgen. Tijdens de vergadering in 2010 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht is de mogelijkheid besproken om geïntimeerde in zijn antwoord te laten omschrijven waar hij het wel en niet mee eens is in de bestreden uitspraak.[66] Dergelijke verplichtingen maken weliswaar het dossier weer omvangrijker, maar leiden in elk geval tot een duidelijk systeem, duidelijker dan het huidige waarin wij ook met de onzekerheid van het *Fafianie*-arrest zijn komen te zitten. Deze duidelijkheid voorkomt dat partijen in cassatie hun heil moeten zoeken, en bijkomend voordeel is dat de positie van appellant en geïntimeerde meer is gelijkgetrokken.

In een experiment kan worden tegemoetgekomen aan de roep om vereenvoudiging en souplesse waarbij de focus op rechtsbescherming kan worden behouden. Dat dit praktisch werkbaar is en niet tot rechtsonzekerheid hoeft te leiden, leert ons al het Caribische stelsel waar men werkt met een gematigd grievenstelsel[67] geflankeerd door een beperkte devolutieve werking.[68] Ook bij het fiscale appelrecht kan voor een vereenvoudigend experiment worden afgekeken. Het fiscale procesrecht in hoger beroep kent wel een grievenstelsel, maar werkt volgens de rechtspraak van de Hoge Raad zonder tweeconclusieleer[69] en lijkt uit te gaan van een beperkte devolutieve werking.[70] Zo zou een experiment niet alleen vereenvoudiging kunnen meebrengen, maar ook nog kunnen leiden tot meer rechtseenheid.

---

59. Zie voor die wetsgeschiedenis *Kamerstukken II* 2014/15, 34138, nr. 3, p. 30.
60. In het op art. 2 lid 2 Experimentenwet berustende (concept voor het) Tijdelijk Experimentenbesluit rechtspleging (art. 2 lid 1 aanhef en onder b) staat overigens dat in iedere amvb waarbij een experiment wordt geregeld, zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden bepaald aan de beheersing of oplossing van welk maatschappelijk probleem het experiment beoogt bij te dragen. De president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad wijzen er in hun advies hierover (punt 7) echter terecht op dat de Tijdelijke experimentenwet zelf niet vereist dat een experiment hieraan een bijdrage beoogt te leveren. Zie hogeraad.nl/over-ons/publicaties/wetgevingsadviezen-president-procureur-generaal, onder Adviezen 2021.
61. Dit met uitzondering van art. 1 t/m 14, 19 t/m 22b en 25 t/m 30. Ook kan worden afgeweken van de procesrechtelijke bepalingen uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, de procesrechtelijke bepalingen uit de Faillissementswet en de Wet op de rechterlijke organisatie (met uitzondering van art. 1 t/m 39, 76 en 84 t/m 109).
62. Zie Hoogervorst & Jahan 2020, die zelf een kritische beschouwing aan de wet wijden en daarnaast vele verwijzingen naar literatuur over de Experimentenwet geven.
63. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 21.
64. P. Ingelse, 'Experimentenwet: carte blanche verdient nadere overweging', *TCR* 2018, afl. 3, p. 56 vermoedt dat het gaat om een experiment de grieven al in het appelschrift te zetten.
65. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: WODC 2006, par. 9.1.4.
66. *Hoger beroep* (uitgave vanwege de NVvP), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 59.
67. Als in het geheel geen grieven zijn aangevoerd, moet de appelrechter de zaak ambtshalve geheel opnieuw beoordelen: HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8289, *NJ* 2001/301. Zijn er wel grieven dan mag hij ook buiten de grieven om tot een ander oordeel komen dan de rechter in eerste aanleg. Het hof is echter niet verplicht fouten van de rechter in eerste aanleg waartegen geen grief is gericht te herstellen, HR 11 september 2009, ECLI:HR:2009:BI6944, *RvdW* 2009/1001.
68. HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:214, r.o. 3.4.2 en 3.5.2.
69. Zie HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1239, *BNB* 2010/228, waarin de Hoge Raad besliste dat in elke fase van het geding in hoger beroep nieuwe stellingen mogen worden betrokken, tenzij een goede procesorde zich daartegen verzet.
70. Zie hierover de beschouwing van F.G.F. Peters, 'Brummen in fiscalibus: trap niet in de trechter na terugwijzing!', *Weekblad fiscaal recht* 2020, p. 47 e.v.

Serie: De procespraktijk en het wapen van cassatie, deel 2

M.J. VAN BASTEN BATENBURG*

De zorgplicht van de feitenadvocaat

Het cassatieberoep is een van onze drie gewone rechtsmiddelen. De procedure is echter verre van 'gewoon' en kent veel bijzondere aspecten die zich in feitelijke instanties niet voordoen. Advocaten in feitelijke instanties zijn niet altijd op deze aspecten bedacht, waardoor een cassatieprocedure soms minder kansrijk is of zelfs niet mogelijk is met enige kans op succes. In een korte reeks van drie artikelen zullen vier cassatieadvocaten de belangrijkste kenmerken van de cassatieprocedure belichten (deel 1), alsook de (tuchtrechtelijk te handhaven) verplichtingen van de advocaat in feitelijke instanties in het licht van de cassatieprocedure (deel 2) en het effectief voorsorteren op deze procedure (deel 3).

1. Inleiding

Het rechtsmiddel cassatie is voor nogal wat advocaten in de civiele praktijk een mistig, abstract fenomeen.[1] Niet zozeer onbekend als het gaat om het bestaan ervan, maar wel als het de waarde en de werking van deze procesfase betreft, welke waarde niet altijd door de feitenadvocaat wordt onderkend. Wat de precieze functie van een cassatieadvocaat is, is niet bij elke feitenadvocaat duidelijk.[2] Dit gebrek aan kennis is naar mijn mening de oorzaak van gemiste kansen in een procedure, het mag een niet wenselijke leemte in de beroepsuitoefening van een feitenadvocaat worden genoemd. Een feitenadvocaat behoort zich bewust te zijn van de optie van het rechtsmiddel cassatie, en van de beperkingen die daaraan zijn verbonden.[3] Al in de feitelijke fase van een procedure moet namelijk rekening gehouden worden met een eventueel toekomstig cassatieberoep en zal de advocaat zijn processtukken en strategie zo moeten insteken dat dat rechtsmiddel daadwerkelijk benutbaar is als het zover is. In zoverre is het een onjuiste gedachte van advocaten dat cassatie een 'ver-van-mijn-bedshow' is, waarvan alleen in juridisch complexe zaken gebruik wordt gemaakt. Hoewel de Hoge Raad vooral een rechtsvormend college is, dat op grond van de wet selectief kan zijn in welke zaken hij wenst te behandelen,[4] heeft hij tevens een rechtsbeschermende taak en dient hij erop toe te zien dat de rechtseenheid wordt gehandhaafd.[5] Strikt formeel bezien kan de Hoge Raad op grond van de wet slechts rechts- en/of motiveringsklachten behandelen en is hij daarmee beperkter dan de feitenrechter in zijn mogelijkheden de uitslag van een geding te veranderen. Een slagende cassatieklacht kan echter evengoed tot een ander oordeel (na verwijzing naar een verwijzingshof[6]) leiden en in zoverre is de Hoge Raad voor de rechtzoekende een reële 'derde' instantie. Dat nieuwe oordeel na verwijzing behoeft niet per se in verbinding met die eerdere slagende cassatieklacht te staan, zodat een ge-

---

* Mr. M.J. van Basten Batenburg is cassatieadvocaat bij Delissen Martens in Den Haag.

1. En niet alleen dat; het werk van een cassatieadvocaat speelt zich eveneens af in 'het niet verlichte vooronder', zoals de (inmiddels oud-) cassatieadvocaat R.A.A. Duk in 2017 schreef in een niet ongeestige bijdrage met de titel 'Overtuigen in cassatie' in de bundel *Met recht bevlogen*, het liber amicorum voor oud-cassatieadvocaat Eduard van Staden ten Brink, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 21-29.
2. Ik maak in dit artikel onderscheid tussen de *feitenadvocaat* en de *cassatieadvocaat*, waarbij eerstgenoemde in de rechtsliteratuur doorgaans als 'de advocaat in feitelijke instantie' wordt aangeduid. Een feitenadvocaat is hij of zij die een rechtzoekende bijstaat in de civiele procedure en de processtukken opstelt en indient.
3. *Asser Procesrecht deel 7. Cassatie in Burgerlijke Zaken*, Deventer: Kluwer 2015 en B.T.M. van Der Wiel e.a. *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
4. Daartoe zijn art. 80a en 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) in het leven geroepen. Deze artikelen vormen de basis voor de cassatierechtspraak in die zin dat de Hoge Raad kan kiezen in welke procedure een inhoudelijke behandeling en uitspraak volgt. Voor een overzichtsartikel over de toepassing van art. 81 Wet RO door de Hoge Raad zie T. van Malssen & C. van Schaijk, 'Art. 81 Wet RO: de stand van zaken', *TCR* 2021, afl. 1, p. 15 e.v.
5. *Kamerstukken II* 2010/11, 32576, nr. 3, p. 1 en 2 (MvT).
6. In cassatie kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen, maar dat gebeurt maar zelden. In verreweg de meeste gevallen verwijst de Hoge Raad de zaak naar een ander gerechtshof dan het gerechtshof dat de in cassatie vernietigde uitspraak deed. Dat andere gerechtshof wordt 'het verwijzingshof' genoemd.

wonnen cassatieprocedure uiterst effectief kan zijn.[7] Een slagend cassatieberoep leidt in veel gevallen tot een nieuwe kans van de partij die eerder aan het kortste eind trok.

Nadat de Hoge Raad overgaat tot vernietiging van een rechterlijke uitspraak, wordt er in veel gevallen vaak doorgeprocedeerd bij het verwijzingshof. Dat betekent dat de feitenadvocaat het dossier weer ter hand gesteld krijgt, en zijn taken hervat. Soms wordt een regeling getroffen na de cassatiefase, maar in die situatie zal de advocaat de kansen en risico's evengoed hernieuwd moeten beoordelen. De procedure na een verwijzing heeft zijn eigen, specifieke karakter, dat bij de feitenadvocaat bekend mag worden verondersteld, al komt dat fenomeen niet veel voor in de procespraktijk van een feitenadvocaat.[8] Mede gelet op dat bijzondere karakter kan de feitenadvocaat tijdens een cassatieprocedure niet volledig naar de achtergrond verdwijnen en zal hij of zij zich op de hoogte moeten stellen van – en zich soms moeten bemoeien met – het verloop van de cassatieprocedure. Het kan voorkomen dat bepaalde niet behandelde cassatieklachten door de procureur-generaal worden besproken in de aan de uitspraak van de Hoge Raad voorafgaande conclusie en die opmerkingen een nieuw licht werpen op de kansrijkheid van de stellingname door partijen in dat verband. Het is dan van belang dat de feitenadvocaat daar in de verwijzingsprocedure rekening mee houdt. Daarnaast heeft de cassatieadvocaat de feitenadvocaat ook nodig om het belang en gewicht van bepaalde onderdelen van de rechtsstrijd te leren opdat bepaalde klachten beter kunnen worden toegelicht.

In dit artikel zal worden stil gestaan bij de rol die de feitenadvocaat speelt in het kader van een (mogelijke) cassatieprocedure, wat de (zorg)plichten zijn die in dat licht bezien op die feitenadvocaat rusten en wat zijn of haar rol is tijdens en na de cassatiefase van het civiele proces. Doelstelling is de lezer duidelijk te maken hoe belangrijk die rol is, in het kader van de breed gekoesterde wens tot het versterken van de civiele procespraktijk en het genereren van geschikte zaken voor de cassatiefase.[9, 10]

2. De civiele procedure en het voorsorteren op cassatie

Een belangrijke taak van een feitenadvocaat is het verzamelen en ordenen van de feiten, en het beoordelen daarvan in het licht van het toepasselijk recht, waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de positie van de andere partij en het procesrisico voor de partij die vertegenwoordigd wordt. Daarnaast stelt de feitenadvocaat de gedingstukken op, waarbij aandacht zal dienen te worden besteed aan het juridisch kader waarin de feiten moeten worden beoordeeld, maar tevens aan juridische voorvragen, zoals de ontvankelijkheid van de partijen en de bevoegdheid van de rechter. Met name de reikwijdte van de stelplicht van de eisende (of verzoekende) partij dient in het oog te worden gehouden, net zoals het bewijsrisico en het daarop gegronde bewijsaanbod.[11] De precieze invulling van deze juridische aspecten kan het partijdebat kleur geven en een 'haakje' bieden waarop later in cassatie kan worden teruggevallen. In hoger beroep komt daar (onder meer) bij het bewaken van de omvang van de rechtsstrijd, de toepassing van het grievenstelsel, de devolutieve werking, de tweeconclusieregel en de regels van de goede procesorde.[12] Deze procestechnische onderwerpen kunnen in cassatie het brandpunt vormen van de te behandelen rechtsvraag en hoeven met de feiten niet in verband te staan.[13] Om goed te kunnen 'voorsorteren' op een eventueel cassatieberoep is van belang dat de feitenadvocaat voldoende kennis bezit over de wijze van klagen in cassatie en de toetsing door de Hoge Raad in een (eventuele) cassatieprocedure. Klassieke cassatieklachten, zoals het verlaten van de rechtsstrijd door de rechter (art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv))[14] of het passeren van een voldoende relevant bewijsaanbod[15] zijn onderwerpen die bekend moeten zijn bij de feitenadvocaat omdat hij of zij in een dergelijk geval dan na lezing van de uitspraak beseft dat een cassatieberoep daarop zou kunnen steunen. Soms kan op dergelijke onderwerpen in hoger beroep al worden geanticipeerd door nadrukkelijk de omvang van de rechtsstrijd te benoemen in een samenvatting, of door het bewijsaanbod zo uitvoerig mogelijk te maken. Een algemeen geformuleerd bewijsaanbod aan het einde van een dagvaarding of conclusie kan reeds lang niet als voldoende en adequaat worden aanvaard in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad, temeer niet omdat een gebrek in

7. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260, *RvdW* 2018/76 leidde tot Hof Den Haag 4 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1388, *NJF* 2021/483.
8. Wie geïnteresseerd is in de cijfers kan het jaarverslag van de Hoge Raad raadplegen. De laatste versie betreft het jaar 2021: 2021.jaarverslag-hogeraad.nl/in-beeld-en-cijfers/infographic-cijfers/.
9. Wat een voor cassatie geschikte zaak is, is niet eenduidig te definiëren. Procedures waar rechtsvragen aan de orde zijn, komen wel in aanmerking voor dat predicaat maar dat is geen noodzakelijke voorwaarde. Ook een uitspraak van de Hoge Raad op basis van art. 81 Wet RO maakt nog niet dat een zaak voor cassatie ongeschikt is gebleken. Ik verwijs naar Van Malsen & Van Schaik 2021.
10. Zie T. Hartlief, 'Zaken die ertoe doen', *NJB* 2020/1.
11. Het maakt daarbij niet uit of de feitenadvocaat optreedt voor eiser of gedaagde; in beide gevallen kan een grondige analyse op dit onderdeel niet in het eerste processtuk ontbreken. Een dergelijke analyse kan in cassatie van groot belang zijn.
12. Zie J.H.M. van Swaaij, 'Elementair appelprocesrecht voor gevorderden', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer. Liber amicorum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 347 voor een uitvoerige schets van het procedurele mijnenveld dat dient te worden overzien.
13. De uitspraak van de Hoge Raad in HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, *JBPr* 2018/30 is hiervan een mooi – en dramatisch – voorbeeld omdat door een simpele vormfout van het hof meer hofuitspraken opnieuw gegeven moesten worden, waarvan sommige tot diametraal tegenovergestelde oordelen na verwijzing leidden.
14. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1357, *TvPP* 2017, afl 5, p. 186.
15. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser (*Oz/ Roozen*).

dat verband kan leiden tot een negatief cassatieadvies, en daarmee het afsluiten van de route naar cassatie. Omdat de cassatieprocedure er mede toe kan dienen bepaalde procedurele misslagen te corrigeren is de aandacht en inzet van een feitenadvocaat na de wijzing van de einduitspraak in feitelijke instantie tevens van waarde.

Het belang van op een constructieve wijze voorsorteren op cassatie kan overigens niet enkel worden gevonden in het angstvallig vermijden van een keur aan procesrechtelijke klippen. De feitenadvocaat zal zich tevens bewust moeten zijn van de formele mogelijkheden die kunnen worden benut en zal daarop in zijn processtrategie moeten anticiperen mede om te vermijden dat de cassatiemogelijkheden niet optimaal kunnen worden benut. Zo kan bijvoorbeeld het ontbreken van een kenbaar beroep op het schenden van de klachtplicht[16] er niet slechts toe leiden dat de feitenrechter machteloos komt te staan in dat verband, maar wordt daarmee tevens verzuimd de procespartijen de mogelijkheid in cassatie te geven te klagen over de vraag of die maatstaf door de rechter terecht en op een juiste wijze is toegepast.[17] Het is niet zo dat een gedingstuk volgebouwd zou moeten worden met formele verweren maar het ontbreken daarvan kan leiden tot de afwezigheid van het opstellen van cassatieklachten. Dat betekent dat een feitenadvocaat bewust zal moeten omgaan met het al dan niet in stelling brengen van dergelijke verweren. Van belang om te noemen in dit verband is dat *expliciet* gegriefd zal moeten worden tegen een (al dan niet *impliciete*) juridische maatstaf die door de lagere feitenrechter wordt toegepast als deze onjuist is; althans als het debat over die juistheid in redelijkheid te voeren is. Doet de feitenadvocaat dat niet, en beperkt hij zich tot de feitelijke overwegingen van een dergelijke beslissing uit de eerste aanleg, dan verkleint hij niet alleen de rechtsstrijd in hoger beroep maar sluit hij tevens de gang naar de cassatierechter af.[18] Zelfs al zou de feitenadvocaat dus weinig heil zien in een grief gericht tegen de door de lagere rechter gehanteerde maatstaf, dan is het voorzichtigheidshalve aangewezen om deze desondanks op te nemen, mede gelet op de tweeconclusieregel,[19] die slechts één keer schieten toestaat.[20] Ik wil daarmee niet betogen dat er steeds moet worden gegriefd tegen een door de lagere rechter aangelegde toetsingsmaatstaf, maar beoog te signaleren dat het van belang is dat bepaalde opties voor een klacht in cassatie niet verloren gaan. Het kan immers zo zijn dat de feitenadvocaat zich niet realiseert dat de door de lagere rechter gehanteerde maatstaf niet juist is, of niet volledig. In zoverre is het van belang dat een feitenadvocaat het zekere voor het onzekere neemt, eventueel na overleg met een cassatieadvocaat.

Het tactisch voorsorteren op cassatie door de feitenadvocaat is desondanks enkel het halve werk. Een zorgvuldig geplaatste, spreekwoordelijke 'juridische landmijn' kan later in cassatie evenzeer zijn gewicht in goud waard zijn.[21] Het is mede daarom dat feitenadvocaten er goed aan doen zich te verdiepen in de *modus operandi* in cassatie en de benodigde processuele creativiteit ontwikkelen teneinde de derde instantie 'in zijn kracht te kunnen zetten'. Het zou raadzaam zijn als af en toe een cursus wordt gevolgd op het gebied van de cassatietechniek.[22]

3. De procesbijstand in hoger beroep

In hoger beroep worden, evenals in eerste aanleg, regelmatig tussenarresten gegeven die de aandacht van de feitenadvocaat vragen. Vooral dienen overwegingen die een (eventueel: impliciet) rechtsoordeel bevatten te worden herkend. Er kan tussen het wijzen van een tussenbeslissing en een eindbeslissing nogal wat tijd verstrijken, die op een zo efficiënt mogelijke wijze dient te worden benut. De feitenadvocaat zou dan ook een tussenarrest kunnen laten beoordelen door een cassatieadvocaat in het kader van de vraag óf aan het gerechtshof zou moeten worden verzocht tussentijds cassatieberoep in te stellen.[23] Maar zelfs als dat laatste geen optie is, zou op dat moment al cassatieadvies kunnen worden gevraagd dat ondersteunend kan zijn bij een verdere sturing van de procesgang in hoger beroep. Iedere tussenbeslissing, zelfs al betreft het louter een bewijsopdracht, moet met voorzichtigheid worden bezien omdat de rechter immers bezig is het geding te 'sturen', en het aan de feitenadvocaat is daarop adequaat te reageren. Wanneer pas na het wijzen van het eindarrest een cassatieadvies gevraagd wordt, is tijd verloren gegaan, en daarmee de kans om de zaak nog bij het gerechtshof te keren. Ik denk aan de situatie dat in een tussenarrest een bewijsopdracht is verstrekt op grond van een bewijslastverdeling waarvan de juistheid kan worden betwijfeld. De tijdsdruk van de relatief beperkte cassatietermijn van drie maanden kan na het eindarrest tot planningsproblemen in de cassatietermijn leiden. Dat is bij een tussenarrest veel minder het geval, behoudens de situatie dat sprake is van een deelarrest, of cassatie zelf dadelijk wordt

16. Ex art. 6:89 BW (of art. 7:23 lid 1 BW); vgl. HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:582, *NJ* 2022/173.
17. Vgl. Hof Amsterdam 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1062 waarin e.e.a. juist is ingestoken, waardoor een geschikte opening voor cassatie ontstaat.
18. Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:280, r.o. 3.7.2; HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, r.o. 3.1.3.
19. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2906, *NJ* 2015/414; HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063, *NJ* 2015/291.
20. Ook in cassatie geldt overigens een 'één keer schieten'-regel, maar die bespreek ik niet in dit artikel.
21. Vgl. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:319. Een ander aardig voorbeeld is de terloopse opmerking in een conclusie van antwoord dat het toewijzen van de vordering 'simpelweg onredelijk zou zijn'. Hierin *kan* met enige goede wil een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW worden gelezen. Als het hof daarmee niets doet in hoger beroep, kan daarover in cassatie worden geklaagd. Een in een gedingstuk 'besloten liggend' verweer wordt ook nogal eens over het hoofd gezien, maar niets menselijks is de rechter vreemd.
22. Helaas zijn cursussen op dat gebied nogal dun gezaaid, maar via de specialisatievereniging voor civiele cassatieadvocaten (VCCA) kan de geïnteresseerde er snel achter komen welke relevante opleidingen en cursussen er op de markt worden aangeboden.
23. HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1424.

opengesteld door het gerechtshof op grond van artikel 401a lid 2 Rv.[24]

Een bijzonder aandachtspunt voor de feitenadvocaat betreft de devolutieve werking van het hoger beroep en het daarmee verbonden grievenstelsel. Ik zal daar wat het laatstgenoemde aspect betreft in het kader van dit artikel niet verder inhoudelijk op ingaan, maar merk nog op dat in de praktijk met regelmaat wordt geworsteld bij het formuleren van een sterke grief hetgeen een aanwijzing kan zijn voor gewenste verdieping in schrijftechniek.[25] Ook de opmaak en omvang van een memorie van grieven wordt niet altijd gewaardeerd. De omvang van de processtukken verdient daarbij de bijzondere aandacht.[26] Het behoeft geen nadere toelichting dat hierin risico's schuilen, en die zijn niet beperkt tot de niet (of: niet meer) aanwezige cassatiemogelijkheden. De cassatieadvocaat signaleert dergelijke problematische aspecten van een procesdossier soms expliciet in zijn advies en het is mede daarom aan te bevelen tijdens de fase van het verstrekken van het cassatieadvies contact met de cassatieadvocaat te houden teneinde een toelichting te kunnen geven op de gemaakte keuzes in hoger beroep. De feitenadvocaat moet, in het belang van de achterliggende opdrachtgever, steeds 'in beeld' blijven.

Een aparte opmerking verdient het miskennen van de mogelijkheid in een procedure te trachten de feitenrechter prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te laten stellen ex artikel 392 Rv. Als een juridisch debat in feitelijke instantie onderbelicht blijft, zal de feitenrechter die mogelijkheid niet steeds ambtshalve in overweging nemen. Ook hier geldt dat een feitenadvocaat hierover een voldoende, voor de cliënt begrijpelijk advies zal moeten kunnen geven en dat hij om dat te doen bekend moet zijn met de mogelijkheden van een cassatieprocedure en/of de prejudiciële procedure. Deze plicht vloeit mede voort uit de informatieverplichting die op een advocaat rust ingevolge de Gedragsregels.[27] Deze verantwoordelijkheid blijft bestaan totdat de procedure in zijn geheel tot een einde is gekomen.

4. De uitspraak in hoger beroep

Als de einduitspraak in hoger beroep is gedaan is de opdracht van de feitenadvocaat nog niet beëindigd. Met de beslissing van het gerechtshof is immers een nieuwe vraag gerezen. Wat kunnen (of: moeten) wij met deze uitspraak doen?[28] De feitenadvocaat zal doorgaans zelf geen cassatieadvocaat zijn, maar als hij dat wél is, zou een onafhankelijk cassatieadvies niettemin gewenst zijn, aangezien voorkomen moet worden dat tegengestelde belangen kunnen ontstaan, waarvan de cliënt de dupe zou kunnen worden. Wat in mijn praktijk opvalt, is dat sommige feitenadvocaten na de uitspraak in hoger beroep volstaan met de opmerking richting de cliënt dat hij of zij geen cassatieprocedures voert, er geen verstand van heeft en de cliënt vervolgens aanraadt op eigen gelegenheid een cassatieadvocaat te benaderen. Deze manier van werken is niet zorgvuldig richting de cliënt,[29] en miskent de hierna nog te bespreken zorgplicht van een feitenadvocaat binnen de hem of haar verleende opdracht. Daarbij speelt een rol dat de procedure pas dan als geëindigd kan worden beschouwd als de uitspraak van het gerechtshof onherroepelijk is, en dat is het geval na het verstrijken van de cassatietermijn.[30] De advocaat kan zich daarom nadrukkelijk niet aan zijn/haar verantwoordelijkheden richting zijn opdrachtgever onttrekken en zal zijn of haar cliënt (a) in overweging moeten geven cassatieadvies te vragen, waarbij (b) de feitenadvocaat als correspondent fungeert met de aan te zoeken cassatiespecialist. Dat geldt evenzeer als de feitenadvocaat van oordeel is dat de uitspraak feitelijk is, en naar zijn of haar overtuiging waarschijnlijk niet in aanmerking komt voor vernietiging door de Hoge Raad. Daarnaast heeft de feitenadvocaat nog meer verplichtingen die maken dat hij of zij bij de zaak, en bij de cliënt, moet blijven. Daarop ga ik hierna nader in.

5. Het vragen van een cassatieadvies

Of op de feitenadvocaat een plicht rust voor zijn cliënt een cassatieadvies te vragen hangt samen met de *zorgplicht* die voortvloeit uit de overeenkomst van opdracht die de feitenadvocaat met de cliënt heeft gesloten.

24. Vgl. concl. A-G B.F. Assink 2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:679, punt 3.3.
25. HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:505.
26. In HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2904, r.o. 3.4.1, *NJ* 2013/240 was de Hoge Raad nog genadig ten aanzien van een door het hof geweigerd schriftelijk pleidooi dat onredelijk lang was. Maar dat was enkel omdat het Landelijk Procesreglement geen maximum had gesteld aan dergelijke schriftelijke pleidooien. Beknoptheid in het maken van gedingstukken is een vaardigheid die sedert de recente discussie over maximering van de lengte van processtukken flink in de aandacht is komen te staan. De beperking daarvan zou de kosten van een cassatieadvies ten goede komen.
27. Regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragsregels-advocatuur; regel 16.
28. Dat het dictum van een uitspraak geheel positief is, is niet afdoende om zonder meer in de beslissing van de rechter in eerste aanleg te berusten: HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:683. Het vermijden van gezag van gewijsde zou evengoed een voldoende belang voor cassatie kunnen opleveren.
29. Dat de feitenadvocaat contact zoekt met de cassatieadvocaat is een gewoonte die stamt uit de tijd dat internet nog niet bestond, maar had ook wel te maken met de door de cassatieadvocaat te betrachten distantie en onafhankelijkheid. Zie F. Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken, een rechtssociologisch onderzoek* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 38.
30. In gewone bodemzaken is die termijn in de meeste gevallen drie maanden. In kort geding is de termijn tien weken en er zijn nog andere termijnen, afhankelijk van de toepasselijke wet waarop recht is gedaan. De cassatietermijn is bedoeld om cassatieadvies in te winnen maar het opstellen van zo'n advies kan tijdrovend zijn en ook het middel met alle klachten moet binnen die termijn zijn geformuleerd. Het is dus van belang dat niet te lang wordt gewacht met het vragen van advies.

Daarbij zal de feitenadvocaat zich ervan bewust moeten zijn dat een cassatieonderzoek gericht is op eventueel aanwezige rechtsvormende juridische vragen alsmede op procedurele aspecten van de procedure. Ook hier is het van belang dat de feitenadvocaat zich ervan bewust zal moeten zijn dat een cassatiemogelijkheid kan schuilen in een ogenschijnlijk onbeduidend detail van de procedure, en dat hij of zij niet steeds het eigen oordeel over de voorliggende uitspraak leidend kan laten zijn bij te nemen beslissing om cassatieadvies te vragen.

De maatstaf voor de in acht te nemen zorgplicht van een advocaat vloeit voort uit artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (BW).[31] Het betreft hier in de eerste plaats de informatieplicht die op een feitenadvocaat rust. Deze informatieplicht is af te leiden uit een grote diversheid aan tuchtrechtelijke uitspraken.[32] Het algemene uitgangspunt van de in het tuchtrecht gehanteerde maatstaf luidt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Als een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een te nemen beslissing over een bepaalde kwestie zoals de vraag of tegen een uitspraak van de feitenrechter cassatie kan worden ingesteld, brengt de zorgvuldigheid mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen.[33] De omstandigheden van het geval zijn daarin medebepalend, maar aangezien de beslissing al dan niet in cassatie te gaan doorgaans zwaarwegende gevolgen heeft die niet door een cliënt kunnen worden overzien zonder deskundige rechtskundige bijstand, lijkt hier een duidelijke taak op de feitenadvocaat te rusten zijn cliënt van relevante informatie te voorzien over het rechtsmiddel cassatie.[34] De opdracht van een cliënt aan een advocaat is nadrukkelijk gericht op de behartiging van diens belangen in de procedure. De zorgplicht brengt in dat licht bezien mee dat de advocaat doet hetgeen het belang van de cliënt dient, ook al had de cliënt daaraan niet gedacht bij het formuleren van de opdracht.[35] Het aan de cliënt overlaten zelf een cassatieadvocaat te zoeken na een voor die cliënt ongunstige uitspraak van een gerechtshof past hierin niet en schept risico's waarvoor de feitenadvocaat de opdrachtgever juist moet behoeden. De rolverdeling tussen feitenadvocaat en cassatieadvocaat is in een uitspraak in 2020 aan de orde gekomen en vervolgens in een lezenswaardig artikel in het Nederlands Juristenblad door twee cassatieadvocaten van commentaar voorzien. Uit de desbetreffende bijdrage kan worden afgeleid dat van de feitenadvocaat niet enkel kan worden verlangd tijdig cassatieadvies te vragen, maar dat de op hem rustende 'nazorgverplichting' verder strekt.[36] Een zekere mate van proactiviteit kan volgens de tuchtrechter en de auteurs van de bijdrage van de feitenadvocaat worden verwacht. Ik meen dat die stelling juist is, maar zou die proactiviteit nadrukkelijk als deel van de zorgplicht ex artikel 7:401 BW willen veronderstellen. Wat mij betreft bestaat er niet enkel een informatieplicht ten aanzien van het bestaan van de cassatiemogelijkheid, maar dient ook aan de cliënt duidelijk te worden gemaakt dat een advies daarover enkel door een cassatieadvocaat kan worden verstrekt en neemt de feitenadvocaat daartoe het initiatief.

Een belangwekkende signalering in dit verband is dat de feitenadvocaat na het wijzen van het eindarrest verantwoordelijk blijft voor het beheer en de compleetheid van het procesdossier van de zaak, omdat de Hoge Raad slechts uitspraak kan doen als dat procesdossier integraal ter beschikking wordt gesteld. Ook het cassatieadvies kan zonder volledig procesdossier niet (goed) worden geproduceerd. Het komt wel voor dat een advocaat de cliënt het dossier overhandigt opdat die cliënt zelf op zoek kan gaan naar een cassatieadvocaat maar dat schept een risico dat bepaalde gedingstukken zoek raken, hetgeen een negatieve invloed heeft op de eventueel aanwezige cassatiekansen.[37]

Het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in hoger beroep verdient eveneens de bijzondere aandacht van de feitenadvocaat, omdat de hogerberoepsrechter zijn beslissing niet zelden mede baseert op hetgeen ter zitting is verklaard door partijen.[38] Volgens het per 1 oktober 2019 gewijzigde artikel 90 lid 1 Rv verstrekt de rechter dat proces-verbaal op verzoek van hogere rechter of partijen, maar is hij daartoe niet ambtshalve verplicht, zoals onder het oude artikel 88 lid 3 Rv nog het geval was. Aangezien het proces-verbaal van een zitting een gedingstuk betreft dat van belang kan zijn voor de uitkomst van de zaak dient de feitenadvocaat er zorg voor te dragen dat hij of zij dat proces-verbaal tijdig opvraagt bij de griffie van het gerechtshof dat de

31. Vgl. P.H. Kramer, 'De aansprakelijkheid van advocaten jegens derden en cliënten', *MvV* 2020, afl. 5, p. 169-178 en E.M. van Orsouw & L.A. Godwaldt, 'Beroepsaansprakelijkheid advocaten: een update', *MvV* 2018, afl. 5, p. 155-163.
32. Regels 12, 13 en 14; zie over de informatieplicht van een advocaat HvD 20 september 2013, ECLI:NL:TAHVD:2013:260; RvD 's-Hertogenbosch 8 augustus 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:127, r.o. 5.1; RvD Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2021 ECLI:NL:TADRARL:2021:77, r.o. 5.6 over advisering over hoger beroep. Hoewel een tuchtuitspraak over de plicht van een advocaat zijn opdrachtgever in overweging te geven een cassatieadvies in te winnen in de tuchtrechtspraak niet voorhanden is, mag worden aangenomen dat de informatieplicht daaromtrent eveneens toepasselijk is.
33. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11019, r.o. 5.4. Voorts HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260 en HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444.
34. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267 met verwijzing naar HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:198:AG4355, *NJ* 1983/367, HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, *NJ* 1992/808.
35. Concl. A-G Langemeijer 29 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1088, punt 2.7.
36. D. de Knijff & M. van der Keur, 'Zaak in cassatie: nazorg geboden', *Advocatenblad* 2020/10 via *NJB* 2021/ 385; HvD 24 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:150; voor de 'nazorgplicht' van een feitenadvocaat in algemenere zin zie recent RvD 's-Hertogenbosch 17 oktober 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:145.
37. Maatstaf van de tuchtrechter is dat de belangen van de cliënt *kunnen* worden geschaad, RvD Amsterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:TADRAMS:2011:YA1665. Voorts RvD Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2017, ECLI:NL:TADRARL:2017:29 en HvD 's-Hertogenbosch 13 oktober 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:210.
38. Vgl. T. van Malssen, 'Het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in civiele zaken', *TCR* 2022, afl. 2, p. 31 e.v.

te onderzoeken uitspraak heeft gewezen. Het komt voor dat dit opvragen pas geschiedt nadat de cassatieadvocaat daarom vraagt, maar dat betekent tijdverlies, hetgeen een risico oplevert in verband met het tijdig kunnen opstellen van een cassatieadvies. Ook vergt de zorgplicht van de feitenadvocaat dat hij zijn procesdossier steeds op orde heeft en dat de gedingstukken alle processen-verbaal van zittingen bevatten die in de procedure hebben plaatsgevonden, ook die uit de eerste aanleg. Daarnaast is een inventarislijst essentieel, omdat de cassatieadvocaat moet kunnen verifiëren dát het procesdossier compleet is. Dit mede omdat moet worden onderzocht of het gerechtshof recht heeft gedaan op basis van een volledig procesdossier.[39]

6. De bijstand tijdens de cassatieprocedure

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de feitenadvocaat een verstrekkende zorgplicht heeft zijn cliënt te adviseren en te begeleiden richting de cassatieadvocaat. Daarmee is het voor de feitenadvocaat echter nog niet gedaan waar het zijn rol en verantwoordelijkheid betreft. De feitenadvocaat is in de meeste gevallen immers de 'meester' van de voorbije procedure en is als geen ander op de hoogte van de ontwikkelingen daarin. Aangezien het cassatieadvies van een cassatieadvocaat in essentie een advies is voor de feitenadvocaat, en niet gericht is op de daarachter figurerende cliënt, zal de feitenadvocaat het cassatieadvies moeten duiden én inpassen in zijn algehele processtrategie en tevens beoordelen in hoeverre het cassatieadvies moet worden opgevolgd. De cliënt zelf is daartoe in het gros van de gevallen niet in staat, mede vanwege het juridisch-technische gehalte van een cassatieadvies.

Als de cassatieprocedure eenmaal loopt, kan sprake zijn van schikkingsonderhandelingen en in die fase speelt de feitenadvocaat en niet de cassatieadvocaat de leidende rol, omdat eerstgenoemde een breder mandaat heeft, maar ook omdat de cassatieadvocaat zich enkel richt op de procedure bij de Hoge Raad, en de achtergrond van de zaak niet kent. Er worden in cassatie naar mijn overtuiging te weinig zaken geschikt, omdat cassatieadvocaten hun aandacht louter richten op de procedure, en voldoende dossierkennis ontberen teneinde over te gaan tot onderhandelingen. Zij vervullen *de iure* de rol van onderaannemer.[40] De tijd dat zulks als vanzelfsprekend werd ervaren ligt echter reeds jaren achter ons. De feitenadvocaat verkeert niet zelden in de veronderstelling dat zijn rol is uitgespeeld, maar mist dan de kans om de zaak alsnog te regelen.[41] Het is aan beide advocaten om, in samenspraak met de cliënt, overleg te plegen over de vraag of niet alsnog een minnelijke regeling kan worden bereikt. Mogelijk is dat spijtig voor een prangende rechtsvraag die in het dossier besloten ligt die dan onbeantwoord blijft, maar het belang van de cliënt blijft voor iedere advocaat het richtsnoer en dat wijzigt niet omdat de feitelijke instantie vooralsnog is beëindigd.

Als het een verwerende cassatieprocedure betreft, kan het overleg met de feitenadvocaat over het al dan niet instellen van voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van waarde zijn, hetgeen de verantwoordelijkheid van de feitenadvocaat onderstreept. Beslissingen over het al dan niet instellen van een dergelijk voorwaardelijk tegenberoep kunnen doorgaans slechts genomen worden met voldoende juridische kennis van zaken, en die bezitten rechtzoekenden niet. Hetzelfde geldt voor de beslissing in cassatie verstek te laten gaan en de procedure te observeren.[42]

7. De verwijzingsprocedure

Een precaire en complexe fase breekt aan nadat de uitspraak in cassatie is gedaan en vernietiging van het eerdere gerechtshofoordeel wordt uitgesproken. Een vernietiging van de uitspraak van het gerechtshof, mogelijk in zowel principaal als incidenteel cassatieberoep, leidt ertoe dat de feitenadvocaat niet alleen het dossier weer ter hand moet nemen, maar genoodzaakt is tot het opstellen van een hernieuwde analyse van de procespositie van partijen, die door de uitspraak van de Hoge Raad anders is komen te liggen.[43] Het procesdossier uit de cassatiefase verliest niet aan belang, hetgeen in het bijzonder geldt door de conclusie van de procureur-generaal. In die conclusie wordt in veel gevallen ingegaan op de juridische achtergrond van het geschil en worden wel eens belangrijke vingerwijzingen gegeven die bruikbaar zijn in de verwijzingsprocedure. Cassatieklachten die door de advocaat-generaal in de conclusie gegrond worden geacht, maar die door de Hoge Raad onbehandeld worden gelaten in de uiteindelijk gegeven uitspraak, kunnen in de verwijzingsprocedure een rol spelen en de feitenadvocaat zal dit behoren te onderkennen. Daarin kan overleg met de cassatieadvocaat behulpzaam zijn. Ook het eerdere cassatieadvies bevat soms aanwijzingen die bruikbaar zijn voor de verwijzingsprocedure, en aangezien dat advies enkel aan de feitenadvocaat bekend is gemaakt ligt het op de weg van laatstgenoemde daarmee aan de slag te gaan. Verder zal de feitenadvocaat erop bedacht moeten zijn dat er een tweede cassatieprocedure in het verschiet kan liggen. Het is om deze reden dat de cassatieadvocaat na afloop van de cassatieprocedure nogal eens 'meeleest' in de verwijzingsprocedure. Hoewel dit laatste strikt genomen niet onder de zorgplicht van de feitenadvocaat valt, getuigt het van 'goed opdrachtnemerschap' dit in complexere zaken steeds te laten doen.

---

39. Gerechtshoven vermelden in hun uitspraken doorgaans de gewisselde gedingstukken in hoger beroep, maar niet die uit de eerste aanleg. Ook bestaat er geen algemene plicht voor de hogerberoepsrechter inzichtelijk te maken op welke gedingstukken de uitspraak is gebaseerd, hetgeen de controle in cassatie bemoeilijkt.
40. Een andere geschikte term is niet voorhanden, maar zo luidt de beleving van veel cassatieadvocaten.
41. Dit geldt in zowel een eisende als een verwerende cassatieprocedure.
42. De term 'observeren' betekent dat de cassatieadvocaat enkel de procedure blijft volgen maar zich er niet in mengt. Dit kan vrij eenvoudig via het digitale portaal van de Hoge Raad. Ook partijen zelf kunnen overigens de procedure observeren.
43. Vgl. N.T. Dempsey, 'De procedure na cassatie en verwijzing', *TCR* 2012, afl. 1, p. 1-8; voorts Van Der Wiel e.a. 2019, p. 331-345.

8. Afsluitende opmerkingen

Vooral in toevoegingszaken valt te bespeuren dat er enige reserve bestaat bij advocaten om een cassatieadvies te vragen. Dat komt omdat de toevoeging na de uitspraak van het gerechtshof gedeclareerd kan worden en de advocaat ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat zijn opdracht daarmee is beëindigd. Zoals uit het voorgaande kan worden afgeleid is dat niet het geval. Ook is nog wel eens de opmerking te horen dat er – volgens de feitenadvocaat – geen cassatiemogelijkheden aanwezig zijn, omdat het zou gaan om een puur feitelijk oordeel, waardoor geen cassatieadvies wordt gevraagd.[44] Deze eigen opvatting van de feitenadvocaat over de vraag of een uitspraak de moeite waard is om voor te leggen voor cassatieadvies geeft blijk van een onjuiste opvatting over de zorgplicht die in dit verband op de feitenadvocaat rust en de aanvullende deskundigheid van een cassatieadvocaat. Het niet voorleggen voor cassatieadvies op basis van een eigen inschatting zou naar mijn inzicht mogelijk tuchtrechtelijk verwijtbaar genoemd kunnen worden.[45] Een feitenadvocaat is immers niet thuis op het rechtsgebied cassatie en zal daarover zijn cliënt uitdrukkelijk moeten inlichten.[46] Hij zal echter wél de cassatietermijn moeten vaststellen en de cliënt niet zelf moeten laten zoeken naar een civiele cassatieadvocaat, maar moet dat voor de cliënt doen. Eventueel kan de feitenadvocaat de beroepsvereniging van cassatieadvocaten, de VCCA, benaderen of het juridisch loket.[47]

9. Conclusie

Uit het voorgaande kan blijken dat er op de feitenadvocaat een tamelijk verstrekkende zorgplicht rust richting de opdrachtgever. Die plicht gaat verder dan enkel het niet verlaten van de procedure na het wijzen van een eindarrest, maar dient ook een inhoudelijk doel. Verder kan een feitenadvocaat zich niet excuseren door te stellen dat hij of zij geen kennis heeft van het rechtsmiddel cassatie. De feitenadvocaat dient daarvan de beginselen al tijdens de procedure voor ogen te houden. De informatieplicht die op de feitenadvocaat rust, vergt dat hij zijn opdrachtgever voorlicht, zelf een cassatieadvies vraagt en zijn opdrachtgever desgevraagd ook tijdens de cassatieprocedure van advies dient als de noodzaak daartoe aanwezig is.

Het voorgaande leidt tot de constatering dat een feitenadvocaat zijn opdracht niet mag neerleggen nadat de feitenrechter een einduitspraak heeft gedaan. Het niet willen fungeren als opdrachtgever van een cassatieadvocaat miskent de verantwoordelijkheid van de feitenadvocaat en zou tuchtrechtelijk verwijtbaar kunnen zijn en levert daarnaast een tekortkoming op in de nakoming van de opdracht van de opdrachtgever. Mede gelet op de omvang van de zorgplicht die in dit verband op een feitenadvocaat rust, zouden enkel bijzondere omstandigheden een reden kunnen zijn dat hij niet op de in acht te nemen zorgplicht zou kunnen worden aangesproken. Ook de tuchtrechter zou hierop moeten toezien, omdat het niet in het belang van de opdrachtgever is, en niet van de beroepsgroep, dat de lokale deken van de Raad van Orde zich bezig dient te houden met een aanwijzing van een cassatieadvocaat op grond van artikel 13 Advocatenwet. Alleen als in dat verband voldoende in het werk is gesteld door de feitenadvocaat zou – en wel op diens verzoek – een cassatieadvocaat kunnen worden aangewezen door de deken.

Verder zou ook bij de Raad voor Rechtsbijstand hier een taak kunnen liggen door vergoedingsverzoeken voor een hogerberoepstoevoeging pas te honoreren als duidelijk is dat de feitenadvocaat ten minste een poging heeft gedaan een cassatieadvies te vragen of een toelichting heeft verstrekt waarom hij dat niet heeft gedaan. De informatieplicht van de feitenadvocaat aan de opdrachtgever is hier leidend. De opdrachtgever zal, ook als het gaat om de vraag wanneer de opdracht van de feitenadvocaat eindigt, op een juiste en inzichtelijke wijze moeten worden geïnformeerd. Als het voorgaande leidt tot een betere samenwerking tussen feitenadvocaten en cassatieadvocaten, dan komt dat de algehele dienstverlening aan de rechtzoekenden ten goede.

---

44. Overigens kan een feitelijk oordeel apert onbegrijpelijk zijn, al komt dat vrij zelden voor; zie HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1353, *JA* 2017/130 of HR 19 juli 2019, ECLI:HR:2019:1276, *JOR* 2019/215.
45. Een aanwijzing daarvoor kan worden gevonden in de tuchtrechtspraak, waarbij klachten tegen de deken om een cassatieadvocaat aan te wijzen ongegrond worden verklaard als de deken kan verwijzen naar een eerder cassatieadvies. Zie HvD 24 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:140 voor een voorbeeld van een dergelijke uitspraak.
46. De eisen van vakbekwaamheid van een cassatieadvocaat zijn nadrukkelijk neergelegd in afdeling 4.2 van de Verordening op de advocatuur (Voda) en uitgewerkt in par. 4.3 van de Regeling op de advocatuur (Roda); zie regelgeving.advocatenorde.nl.
47. vcca/nl; hetjuridischloket.nl.

Inleiding: moderne bewijslevering door videobeelden

R. VERKIJK*

1. Inleiding

In het burgerlijk recht staat de rechter niet altijd welwillend tegenover een aanbod om bewijs te leveren. Die terughoudendheid is op zichzelf te begrijpen. Bewijsverrichtingen kunnen relatief tijdrovend en kostbaar zijn en bewijslevering levert nogal eens minder op dan de aanbieder van het bewijs had gedacht; de buurman die als getuige wordt opgeroepen, heeft het toch niet goed gezien.[1] Vanwege de onbetrouwbaarheid van getuigen en de tijd die gemoeid is met het horen van de getuigen, kan het echter een uitkomst zijn als er beeldmateriaal of geluidsopnames beschikbaar zijn. De camera liegt niet, toch?

In deze bijdrage bespreek ik twee uitspraken van de Hoge Raad over videomateriaal dat als bewijs zou kunnen dienen. In beide gevallen is de feitenrechter in hoger beroep zuinig met het toestaan van bewijslevering omdat hij kennelijk denkt te weten hoe het zit en genoeg beeld heeft van de feitelijke toedracht om over de vorderingen te beslissen. Maar de Hoge Raad is kritisch, en wordt daartoe verleid door de conclusies van advocaat-generaal De Bock. Verrassend is dat niet: eerder pleitte zij er met anderen al voor om waarheidsvinding tot fundamenteel principe van het burgerlijk proces te promoveren, in het advies over de modernisering van het bewijsrecht (hierna: Advies modernisering bewijs).[2] Alvorens ik de beide arresten en de daaraan voorafgaande conclusies bespreek, zet ik kort het wettelijk kader van het bewijsrecht uiteen, voor zover relevant, met daarbij aandacht voor de wetsgeschiedenis van het leveren van bewijs door middel van videomateriaal en dergelijke. Ik kan daarbij zwaar leunen op de heldere, uitvoerig uitgewerkte en overtuigende conclusies van de advocaat-generaal.

2. Kort kader van het bewijsrecht

De hoofdregel van het bewijsrecht is vastgelegd in artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv): de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten. In artikel 152 Rv is daaraan toegevoegd dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd, tenzij de wet anders bepaalt. De wetgever heeft welbewust afgezien van het opnemen van een catalogus van bewijsmiddelen, met het oog op de voortschrijdende techniek. Bovendien kunnen de voor de klassieke bewijsmiddelen gegeven processuele voorschriften zo nodig naar analogie of rechtstreeks worden toegepast.[3]

De partij die haar stellingen wenst te bewijzen door getuigenbewijs, kan een bewijsaanbod doen. Mits dit aan bepaalde eisen voldoet, kan de rechter het niet passeren. Tot de eisen behoort dat het bewijs ter zake dienend moet zijn en (in hoger beroep) voldoende specifiek is. Opgemerkt zij dat de rechtspraak van de Hoge Raad hierover ziet op bewijslevering in hoger beroep. In eerste aanleg heeft de rechter een grotere vrijheid om al dan niet getuigenbewijs te gelasten. Veelal volstaan partijen daar met een algemeen aanbod ('biedt aan bewijs te leveren door alle middelen rechtens', waarbij met dat laatste doorgaans op getuigenbewijs wordt gedoeld), al is het steeds gebruikelijker om op te nemen wie mogelijk als getuige zou kunnen worden gehoord en over welke stelling. In hoger beroep zal die algemene formule niet volstaan.

Voor het leveren van schriftelijk bewijs is geen aanbod nodig, want uitgangspunt is juist dat de partij die zich op dat bewijs beroept het eigener beweging inbrengt als productie (art. 85 lid 1 Rv). Vandaar dat de rechter een bewijsaanbod om schriftelijk bewijs te leveren mag passeren. Toch kan onder omstandigheden de goede rechtsbedeling meebrengen dat de rechter een partij nog in de gelegenheid stelt om stukken in het geding te brengen als dat nodig is voor de waarheidsvinding. De Bock wijst er, in het spoor van Ahsmann, op dat daarmee nog een belang is gemoeid, namelijk de procedurele rechtvaardigheid: 'Daarmee wordt bedoeld dat een partij de procedure als minder rechtvaardig zal beschouwen als de rechter weigert gelegenheid te

---

* Mr. dr. R. Verkijk is raadsheer in het Hof Arnhem-Leeuwarden en redacteur van dit tijdschrift.

1. R.R. Verkerk werkt dit nog wat verder uit in 'De modernisering van het getuigenverhoor', *TCR* 2018, afl. 3, p. 72.
2. A. Hammerstein, R.H. de Bock & W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 11 en zie het citaat in de tekst hierna. Volgens de Minister voor Rechtsbescherming was al in 2002 'het fundamentele beginsel van de waarheids- en volledigheidsplicht' wettelijk vastgelegd, zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vereenvoudiging van het bewijsrecht, *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 6.
3. MvA EK, *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, 1988, p. 53.

bieden nog bepaalde schriftelijke stukken in het geding te brengen als een partij daarom verzoekt.'[4]

Dit aspect zal, naar nog zal blijken, een rol spelen in de waardering van de te bespreken uitspraken.
Voor camerabeelden waar een partij over beschikt, lijkt hetzelfde te gelden als voor schriftelijk bewijs voor wat betreft het aanbieden en leveren van bewijs. Aangezien het uitgangspunt van het moderne procesrecht is dat partijen niet alleen de feiten volledig en naar waarheid in hun processtukken verwerken maar bovendien hun stellingen al adstrueren met het bewijs waarover zij beschikken – 'het kruit drooghouden' is achterhaald – ligt voor de hand dat een partij die over camerabeelden beschikt deze inbrengt, indien zij er een beroep op doet.[5] Wel lijkt mij dat camerabeelden (nog[6]) niet als productie kunnen worden ingediend maar gedeponeerd moeten worden (wat niet wegneemt dat aan de wederpartij een kopie dient te worden verstrekt[7]). Daarbij geldt, net als voor schriftelijk bewijs, de wegwijsplicht: als de rechter erom vraagt, moet de partij die zich op het bewijs beroept ophelderen welk belang met het bewijs is gemoeid, dus welke stelling ermee bewezen wordt, en welk onderdeel van dat bewijs dat belang dient.[8] Inmiddels is de bevoegdheid van de rechter om opheldering te vragen wettelijk vastgelegd in artikel 22b Rv. Dát de rechter erom vraagt, vloeit voort uit de op hem rustende verplichting om er zorg voor te dragen dat de bij het proces betrokken partijen kennis kunnen nemen van het relevante materiaal.
Ten slotte is van belang dat in de wetsgeschiedenis bij het nieuwe bewijsrecht (dat van 1988, nieuw is nogal relatief) in de memorie van antwoord ten eerste is opgemerkt dat geluidsbanden en videofilms hun waarde ontlenen aan de hantering, dus bij kennisneming van de inhoud en ten tweede dat deze banden daarom zo veel mogelijk ter zitting zullen worden afgedraaid of vertoond. Uit het beginsel van hoor en wederhoor volgt dan niet alleen dat de wederpartij bij die vertoning aanwezig mag zijn maar daarnaast dat zij zich erover kan uitlaten en zo nodig deskundigenonderzoek daarover kan uitlokken.

3. Casus 1 Man in politiecel[9]

De meest recente te bespreken casus waarin videobeelden tot bewijs zouden kunnen dienen, betreft een man die op het politiebureau in een zogenoemde RIAGG-cel wordt ingesloten. Hij is psychisch verward en vertoont agressief en zelfdestructief gedrag. Als hij uiteindelijk het bewustzijn verliest, wordt hij gereanimeerd en daarna in een kunstmatige coma gebracht, waarna hij slechts in beperkte mate herstelt. Hij en zijn echtgenote spreken naderhand de politie aan, omdat die onvoldoende zorg voor de man zou hebben getoond. Om dat te bewijzen willen ze onder meer beschikken over videobeelden afkomstig van camera's uit de cel. De politie weigert die af te geven. Wel is er een beschrijving beschikbaar die is opgemaakt in het kader van het interne onderzoek van de politie en waarin van minuut tot minuut wordt beschreven wat er op de beelden te zien is. Om de beelden te krijgen beginnen de eisers een kortgedingprocedure waarin zij de beelden vorderen op grond van artikel 843a Rv. In die procedure wordt in hoger beroep geoordeeld dat de politie de beelden moet verstrekken, als de rechter in de 'hoofdprocedure' over de aansprakelijkheid daar behoefte aan heeft. De reden dat de politie de beelden niet gewoon moet verstrekken aan de eisers, is dat gevreesd wordt dat de beelden een eigen leven gaan leiden. Tot dat moment heeft alleen de advocaat van de eisers de beelden een keer kunnen zien op het politiebureau. Dit alles roept onvermijdelijk de vraag op waarom de politie zich ertegen verzet dat de beelden getoond kunnen worden. Hierover zegt het gerechtshof dat oordeelt in de artikel 843a Rv-procedure het navolgende:

'De enkele stelling van de Politie dat de camerabeelden niets toevoegen, faalt bij gebrek aan onderbouwing. Met de stelling dat het gedrag van [appellant, de verwarde man, RV] niet ter discussie staat en daarvan geen bewijs nodig is, miskent de Politie dat [appellant] c.s. met de beelden zijn stelling wil onderbouwen dat de situatie en de gesteldheid van [appellant] ten tijde van het incident dusdanig waren dat de Politie eerder had moeten ingrijpen. (…) Het gestelde risico dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden na aanschouwing van de camerabeelden een mede door emotie bepaalde beslissing neemt, is niet onderbouwd. Het door de Politie genoemde bezwaar dat verstrekking van een kopie van de beelden aan [appellant] c.s. ertoe kan leiden dat de beelden "een eigen leven gaan leiden" kan worden ondervangen door geen afgifte van de beelden te bevelen, maar te bepalen dat de Politie de beelden tijdens een zitting in de bodemprocedure moet (laten) vertonen.'

Alhoewel de vordering van de eisers in de artikel 843a Rv-procedure ten dele wordt toegewezen, beschikken zij nog steeds niet over de beelden. Ze kunnen dus ook niet, zoals uitgangspunt is van de wetgever en de Hoge Raad, een gegevensdrager met daarop de beelden deponeren. Ze blijven er afhankelijk van of de rechter die oordeelt over de aansprakelijkheidskwestie de beelden inderdaad wil zien en op zitting wil tonen. Het gerechtshof is echter terughoudend en wijst het verzoek om de beelden te vertonen, af. De – inmiddels – appellanten hebben namelijk niet aangegeven waar de beschrijving ten opzichte van de beelden zelf tekortschiet, terwijl

4. Concl. A-G 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784.
5. HR 19 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2874, *NJ* 1999/496. Overigens had de eiser die zich op de (geluids)opname beriep dat materiaal niet gedeponeerd omdat hij de toestemming van de wederpartij wilde, aangezien diens stem daarop te horen was.
6. Indien digitaal wordt geprocedeerd kunnen beelden net als documentbestanden worden meegezonden.
7. Zie de noot van Asser bij *NJ* 2004/48, hierna te bespreken. Overigens is de verplichting daartoe in de rolreglementen opgenomen en volgt dit voor advocaten bovendien uit hun gedragsrecht.
8. HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0201, *NJ* 2004/48, m.nt. W.D.H. Asser.
9. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:274, *RvdW* 2022/238.

dat wel op hun weg had gelegen. Zij hadden de beelden immers zelf kunnen bekijken. Bovendien betreft de beschrijving alle beelden die beschikbaar waren terwijl als gevolg van het overzetten van de beelden deze niet langer compleet zijn en chronologisch correct verlopen, zodat de beschrijving feitelijk meer informatie bevat. De Hoge Raad casseert. Anders dan het gerechtshof had geoordeeld, volstond de toelichting die eisers hadden gegeven waarom zij de beelden wilden zien en kon van hen niet meer worden verlangd. Bovendien lijkt het gerechtshof er ten onrechte van uit te gaan dat eisers konden beschikken over de beelden, terwijl het verzoek daartoe in de artikel 843a Rv-procedure juist was afgewezen. Zij konden de beelden dan ook niet zelf in het geding brengen en konden deze evenmin zelf bekijken om nauwgezet aan te geven waar de beelden zouden afwijken van de beschrijving ervan. Dat hun advocaat de beelden een keer had kunnen zien op het politiebureau volstaat daarvoor evenmin.

Een bijzonder argument dat de politie naar voren heeft gebracht, is de vrees dat het gerechtshof in de bodemprocedure zich na het zien van de beelden zal laten leiden door emoties. De Hoge Raad zegt daar niets over, maar de advocaat-generaal wel:

'Nog los van de vraag wat er eigenlijk mis is met "een mede door emotie bepaalde beslissing" onderkent de Politie hiermee in feite dat de beelden iets over kunnen brengen wat niet wordt overgebracht door de beschrijving van de beelden in het proces-verbaal, die in de visie van de Politie immers óók een volledig beeld geeft van het incident, maar waarbij kennelijk níet gevreesd hoeft te worden dat die beschrijving "tot een mede door emotie bepaalde beslissing" leidt.'

Interessant en een bijdrage op zichzelf waardig, is de vraag of en in hoeverre emoties de rechter mogen leiden bij zijn beslissing.[10]

4. Casus 2 Metrobestuurder[11]

De uitspraak van de Hoge Raad in de tweede te bespreken casus dateert van 26 maart 2021. Het Amsterdams gemeentelijk vervoersbedrijf (GVB) ontsloeg een metrobestuurder op grond van artikel 7:669 lid 3 onder e BW, namelijk verwijtbaar handelen van de werknemer. De bestuurder had de veiligheidsvoorschriften overtreden en had daarover in strijd met de waarheid gerapporteerd. Beide niet voor het eerst. In dit geval zou hij niet hebben gezien dat bij het wegrijden een laat komende passagier geprobeerd had om de metro nog in te komen, daarbij met zijn onderarm klem was komen te zitten tussen de deuren en zich ternauwernood los had kunnen rukken alvorens te worden meegesleept. De versie van de metrobestuurder was een andere: de passagier zou tot twee keer toe op een treeplank zijn gesprongen terwijl de bestuurder na de eerste keer al even was gestopt. Er zijn videobeelden beschikbaar van twee camera's en die worden op zitting getoond. De beelden lijken het ongelijk van de bestuurder aan te tonen. Die voert echter aan dat de videobeelden niet compleet en zelfs gemanipuleerd zijn, omdat er verschillende hiaten in de beelden zijn die niet te verklaren zijn door de stelling van het GVB dat de camera's met sensoren werken en alleen opnemen als er voldoende beweging is. Hij biedt getuigenbewijs aan over de wijze waarop de beelden bewerkt zijn. Het gerechtshof gaat daar niet op in, omdat uit de wel beschikbare beelden afdoende blijkt wat er is voorgevallen. Ook passeert het gerechtshof zonder er iets over te zeggen het verweer dat de videobeelden niet gebruikt mogen worden, omdat het eigen protocol van het GVB het gebruik van de beelden van de camera's in disciplinaire procedures tegen werknemers verbiedt. De Hoge Raad vernietigt ook dit arrest. In de eerste plaats doet hij dat vanwege het verweer dat het gebruik van de camerabeelden in strijd is met de eigen regels (het protocol): nu honorering van dat verweer tot een andere uitkomst kan leiden, had het gerechtshof op het verweer dienen in te gaan, constateert de Hoge Raad droogjes. In de tweede plaats had het gerechtshof het aanbod getuigenbewijs te leveren niet mogen passeren op de grond dat de vaststaande gebeurtenissen voldoende grond vormen voor ontslag; het getuigenbewijs betrof de videobeelden en omdat 'het oordeel van het gerechtshof mede op die camerabeelden berust, is het aanbod om bewijs te leveren ten aanzien van de integriteit van de beelden ter zake dienend'.

5. Evaluatie; waarheidsvinding als fundamenteel beginsel van een behoorlijk proces?

'Het belang van een zo veel mogelijk volledige en correcte vaststelling van de feiten is ons inziens zo groot, dat wij waarheidsvinding als een fundamenteel beginsel van procesrecht aanmerken. Zowel tegenover partijen als tegenover derden ontleent een rechterlijke beslissing mede haar legitimiteit aan een juiste feitelijke basis.'[12]

Aldus de opstellers van het Advies modernisering bewijs. Wat in elk geval fundamenteel te noemen is, is de principiële keuze om afstand te nemen van de traditionele opvatting dat er in het burgerlijk proces onderscheid dient te worden gemaakt tussen de zogeheten materiële en de formele waarheid. Of dat moet leiden tot waarheidsvinding als het fundamenteel beginsel van een behoorlijk proces, is een tweede. Die klaarblijkelijk achterhaalde opvatting van twee soorten waarheid kwam immers op zichzelf niet voort uit een principiële keuze, maar eerder uit een zeker realiteitsbesef, zo al niet berusting. De waarheidsvinding in het proces is in sterke mate afhankelijk van wat de partijen naar voren brengen, van wat zij betwisten en van wat zij kunnen bewijzen. Als wat een partij naar voren brengt

10. Ik volsta hier met een verwijzing naar I. van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication, On Judicial Virtues and Civic Friendship', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2015, nr. 1, p. 24-46, die de eerste vraag positief beantwoordt en in navolging van Martha Nussbaum betoogt dat emoties een cognitieve dimensie (als 'oplevingen van het denken') hebben.
11. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:441, *RAR* 2021/88, *RvdW* 2022/372.
12. Advies modernisering bewijs, p. 11.

door de ander niet of onvoldoende gemotiveerd wordt weersproken, komt die informatie vast te staan en zal zij de rechter tot uitgangspunt dienen bij zijn beslissing, waarheid of niet. Als een partij voor haar feitelijke stelling geen document kan aanvoeren en geen getuige of camerabeelden heeft die haar tot bewijs kunnen dienen, dan kan het nog zo waar zijn wat zij stelt, het kan haar niet baten als de andere partij het – te goeder trouw of leugenachtig – weerspreekt. De bulk van de zaken wordt bij verstek afgedaan; waarheidsvinding speelt daarin nauwelijks een rol. En dan de kosten. In het eerste kort geding dat ik lang geleden voerde, werd een deskundigenbericht gelast en nadat mijn cliënten eenmaal hadden verloren, moesten zij *f* 12.000 betalen als proceskosten. De waarheid is duur. Hadden zij dan geen betere raadsman moeten kiezen, die hen had gemaand om op voorhand een deskundige in te schakelen? Dat is immers wat de opstellers van het Advies modernisering bewijs voor ogen hebben:

'De belangrijkste verbeteringen van het bewijsrecht moeten dan ook worden gezocht in het tijdig en zo volledig mogelijk aanleveren van bewijsmateriaal door partijen, waar nodig onder regie van de rechter. Tijdig is in beginsel: bij de aanvang van de procedure. Dit betekent dat veel meer aandacht dient uit te gaan naar de bewijsgaring vóór de aanvang van de procedure, in plaats van naar (zoals nu vaak het geval is) bewijslevering tijdens de procedure.'[13]

Nu beschikten mijn cliënten voorafgaand aan het kort geding over een deskundigenadvies op basis waarvan zij (meenden dat zij) die procedure zéker zouden winnen, maar helaas zijn deskundigen net zomin als advocaten feilloos of het ooit eens. Wat er zij van deze anekdote, het is een reële zorg dat de verplichting voorafgaand aan en niet tijdens de procedure bewijs te verzamelen *front loading* van kosten tot gevolg kan hebben, waarbij het risico bestaat dat veel in de waarheid wordt geïnvesteerd zonder dat dit iets oplevert.[14] Die kosten kunnen op zichzelf alweer een prikkel zijn om verder te procederen. De slotsom van deze sombere opsomming is dat wanneer op voorhand zo duidelijk is dat aan de aspiraties van een procesbeginsel in veel gevallen niet kan en zal worden voldaan, het vreemd aandoet dit als fundamenteel beginsel te betitelen.
De opstellers van het Advies modernisering bewijs beoogden aan te sluiten bij de gewijzigde rol van de rechter. Hiervoor werd gerefereerd aan het onderscheid tussen formele en materiële waarheid, en uit dezelfde era waarin de literatuur dat onderscheid maakte, nam zij tevens de lijdelijkheid van de rechter tot uitgangspunt. Dat is zonder meer achterhaald. De rechter moet actief zijn en sturen, ook bij het onderzoek naar de feiten, met het oog op het bevorderen van het voortvarend verloop van de procedure. Hij is *casemanager*, moet de regie nemen. Procedures moeten ook wat bewijslevering betreft zo doelmatig mogelijk worden gevoerd. 'Niet de slimste of de slechtste moet de procedure winnen, maar degene die feitelijk gelijk heeft.'[15] Weer anders geformuleerd, de juiste uitkomst is de uitkomst die strookt met de materieelrechtelijke rechtspositie van partijen, zoals die in werkelijkheid bestaat, aldus Lewin, die een actieve houding van de rechter bepleit om de relevante en ware feiten boven tafel te krijgen, met name tijdens de – wat nu heet – mondelinge behandeling: daar

'[kunnen] in het bijzijn van de eigen advocaat en de advocaat van de wederpartij, […] miscommunicaties worden voorkomen, misverstanden uit de weg worden geruimd, halve waarheden worden opgehelderd en (sommige) leugens worden doorgeprikt en dan verloopt het feitenonderzoek in veel gevallen snel, effectief en efficiënt'.[16]

Dat is ongetwijfeld het procesrechtelijk gedachtegoed van waaruit advocaat-generaal De Bock haar beide conclusies schrijft: de rechter en partijen zijn verantwoordelijk voor een efficiënte procedure waarin een oordeel wordt geveld op basis van de gevonden waarheid.
Een ander belangrijk uitgangspunt als het gaat om videobeelden is de onmiddellijkheid, die samenhangt met de aard van het bewijsmateriaal. Daarover zegt de advocaat-generaal:

'Van belang is namelijk dat het bekijken van beeldmateriaal – en in mindere mate het beluisteren van geluidsmateriaal – pas tot zijn recht komt als bewijsmiddel als de rechter dat doet in aanwezigheid van en tezamen met partijen. De partij die zich op de beelden beroept, kan dan onder de aandacht van de rechter brengen wat er precies is te zien op de beelden, waarop gelet moet worden, en wat de beelden betekenen voor haar stellingen. De wederpartij zal uiteraard de gelegenheid moeten worden geboden om zich eveneens uit te laten over de beelden en de genoemde punten. Het doet zich regelmatig voor dat partijen het niet eens zijn over wat er nu precies te zien is op de beelden en dat zij bovendien van mening verschillen over de betekenis van die beelden voor de door hen ingenomen stellingen. Als de rechter tezamen met partijen de beelden bekijkt, kan de rechter daarover vragen stellen en helderheid

13. In het wetsvoorstel Vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht is dit als volgt tot uitdrukking gebracht: 'Partijen verzamelen, voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd, de gegevens waarover zij redelijkerwijs kunnen beschikken en die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar van belang zijn voor de beoordeling van hun vordering, verzoek of verweer en verstrekken deze in de procedure aan de rechter.', *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 2, Artikel I (art. 21 lid 2) en in de Nota naar aanleiding van het verslag heet het: 'Hebben partijen de rechter nodig om het geschil tussen hen op te lossen, dan wordt van partijen verwacht dat zij de informatie die zij hebben verzameld ter beantwoording van de bovenstaande vragen bij de start van de procedure aan de rechter verstrekken.', *Kamerstukken II* 2021/22, 35498, nr. 6. Hoe *hard* deze verplichting is, is een tweede.
14. Advies modernisering bewijs, p. 24; Verkerk 2018, p. 76.
15. Aldus geformuleerd in het interne discussiestuk 'Tomorrows Judges. Een eerste verkenning van de toekomstige rol van de rechter binnen Civiel Bestuur' (over KEI en regie) uit 2015. Wat wordt bedoeld met 'slechtste' slaat op gedragingen als het bewust achterhouden van bewijs of het met opzet verdraaien daarvan.
16. G.C.C. Lewin, *Leve de meeprocederende rechter!* (oratie Universiteit van Curaçao), 2017.

proberen te krijgen over de bewijswaarde van de beelden.'

Met andere woorden, de aard van het materiaal brengt de noodzaak mee tot onmiddellijkheid, tot het door de rechter in het bijzijn van partijen bekijken van de beelden. Om recht te doen aan het beginsel van hoor en wederhoor (maar ook vanuit het oogpunt van waarheidsvinding) moet kennis worden genomen van de beelden in een contradictoire setting. Dit standpunt sluit aan bij dat van de wetgever, hiervoor reeds aangehaald. De ervaring in het strafrecht, waarin veel vaker beelden op zitting worden bekeken, onderstreept dit. Niet zozeer omdat de uitwisseling over wat er op de beelden is te zien ertoe leidt dat partijen hierover een zekere mate van overeenstemming bereiken, want dat is zelden zo. Wel omdat dit de partijen de kans geeft om de rechter hun visie op en interpretatie van de beelden te geven, en de rechter bovendien als dat nodig is alvast aan verwachtingenmanagement kan doen. Want zo zeldzaam als het lijkt te zijn dat de beelden in ieders ogen voor zich spreken, zo vaak is er nét te weinig te zien om doorslaggevend te kunnen zijn. Ook dat kan maar beter alvast duidelijk worden ter zitting. De ervaring in strafzaken leert verder dat een enkele keer dat wat op de beelden te zien is, duidelijk afwijkt van de beschrijving ervan door de politie. Vanwege het belang van de onmiddellijkheid en de noodzaak dat de rechter hieraan meewerkt – enkel deponeren maakt van beeldmateriaal nog geen bewijs – is de gevolgtrekking een logische: als de beelden relevant kunnen zijn voor de feitenvaststelling en kunnen bijdragen aan de beslissing van de zaak, zal de rechter in beginsel een verzoek tot het vertonen van beeldmateriaal moeten honoreren. Enerzijds is de reden hiervoor simpelweg de waarheidsvinding, anderzijds de procedurele rechtvaardigheid: 'Hoe is aan partijen uit te leggen dat de rechter geen kennis wil nemen van een bewijsmiddel (camerabeelden) dat kan bijdragen aan het verkrijgen van duidelijkheid over wat zich precies heeft afgespeeld in de politiecel?'.[17]

Het antwoord op die vraag is te vinden in het arrest van het gerechtshof en de daarin opgenomen maatstaf waar het gerechtshof aan heeft getoetst. Die komt er op neer, of het voor de beoordeling van de vordering daadwerkelijk noodzakelijk is de camerabeelden te bekijken. Ter verdediging van het gerechtshof kan worden opgemerkt dat deze beoordeling aansluit bij de actieve, niet-lijdelijke rechter die verantwoordelijkheid neemt voor een efficiënte afhandeling. Daar staat tegenover, en dat moet zwaarder wegen, dat in het burgerlijk recht, anders dan in het strafrecht het geval kan zijn, geen noodzakelijkheidscriterium geldt. Er kunnen niet al te hoge eisen worden gesteld aan de toelichting van een verzoek om beelden te tonen; dat er op te zien is wat zich heeft afgespeeld en dat dit voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van belang kan zijn, volstaat. De rechter die een dergelijk verzoek voorgelegd krijgt, kan zich niet op het standpunt stellen dat het verzoek alleen kan worden toegewezen als de voorgestelde bewijslevering in de ogen van de rechter noodzakelijk is. Als de bewijslevering aan de waarheidsvinding kan bijdragen, in het licht van de stellingen van de partijen, moet het verzoek in beginsel worden toegewezen. Als gezegd, niet alleen vanwege de waarheidsvinding, maar ook vanwege de procedurele rechtvaardigheid.

In de tweede zaak, van de metrobestuurder, liggen andere complicaties voor. De vraag die de werknemer opwerpt, is of de beelden die hem belasten wel gebruikt mogen worden, nu dat in strijd komt met het geldende protocol binnen de organisatie. Deze situatie lijkt op die waarin bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen. Dat laatste is weliswaar niet aan de orde, maar het effect is vergelijkbaar: de beelden zijn er maar mogen niet worden gebruikt voor het bewijs.

De rechtspraak over het gebruik van onrechtmatig bewijs is inmiddels vast: in beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan artikel 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd.[18] Een casus waarin zich dat voordeed, is *Achmea*/R.[19] Deze casus is mede daarom zo interessant, omdat net als in de zaak van de metrobestuurder de partij die zich verzette tegen het gebruik van videobeelden zich erop beriep dat het (gebruik)maken van de beelden in strijd kwam met een vorm van *soft law*, zij het geen 'protocol' maar een 'gedragscode'. Aanleiding voor die procedure is een geschil tussen de verzekeraar en een verzekerde tegen arbeidsongeschiktheid. De verzekeraar vordert de gedane uitkering terug omdat hij meent dat de verzekerde veel minder lichamelijke beperkingen heeft dan hij opgaf. Omdat de verzekeraar fraude vermoedde, liet hij een persoonlijk onderzoek verrichten waarbij onder meer video-opnames werden gemaakt van de verzekerde. Daarmee is een inbreuk gemaakt op diens persoonlijke levenssfeer en dat is onrechtmatig, behoudens een rechtvaardigingsgrond.[20] Het gerechtshof waaraan de zaak is voorgelegd ziet die rechtvaardigingsgrond niet, omdat, kort gezegd, de verzekeraar zich niet heeft gehouden aan de toepasselijke gedragscode van het Verbond van Verzekeraars. Daarmee staat vast dat het bewijs onrechtmatig is verkregen. Vervolgens oordeelt het gerechtshof over de vraag of het onrechtmatige bewijs mag worden gebruikt in de procedure. Andermaal betrekt het gerechtshof hierbij dat de verzekeraar in strijd handelde met de gedragscode en dat maakt dat de verzekeraar geen voordeel zou mogen trekken uit het aldus verkregen

17. Concl. A-G De Bock 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:784, punt 3.36.
18. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, *NJ* 1993/78 en HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860, *NJ* 1993/599.
19. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans.
20. Vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR2002:AD9609, *NJ* 2003/589, m.nt. J.B.M. Vranken.

bewijs. De Hoge Raad sanctioneert deze uitspraak, omdat het gerechtshof het doel van de gedragscode – en de daarin besloten liggende beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit – bij zijn oordeel heeft betrokken. Kortom, het handelen in strijd met de gedragscode schept de bijzondere omstandigheid op grond waarvan onrechtmatig verkregen bewijs niet gebruikt mag worden.
Terug naar de metrobestuurder. Volgens hem was het gebruik van de videobeelden in strijd met het geldende protocol, omdat daarin was opgenomen dat cameraopnames niet mogen worden gebruikt ter ondersteuning van disciplinaire maatregelen tegen het personeel. Zoals volgt uit de bespreking van de zaak *Achmea/R.* hiervoor is dat een verweer dat hout kan snijden. De kantonrechter en het gerechtshof besteedden er desondanks geen aandacht aan, en daarmee gaat het gerechtshof onderuit, zoals hiervoor al opgemerkt: het verweer had tot een andere uitkomst kunnen leiden en moet daarom besproken worden.

Het tweede probleem dat de werknemer opwerpt, is dat de beelden wel zouden 'liegen': er zijn hiaten in de beelden die niet te verklaren zijn door wat de werkgever daarover aanvoert. De beelden zijn mogelijk gemanipuleerd. Daarom wil hij nader bewijs, dus bewijslevering over het bewijs. Hij wil dat getuigenbewijs wordt geleverd over de mate van authenticiteit van de beelden. Gaat dat niet te ver? Is de volgende stap dat er een getuige moet worden gehoord die de leugenachtigheid van de getuige kan aantonen? Toch is de Hoge Raad er, wederom volgens de in de conclusie van de advocaat-generaal getrokken lijnen, snel klaar mee: het bewijsaanbod is ter zake dienend en kon niet worden gepasseerd. Daarbij is mede van belang dat het oordeel van het gerechtshof dat de vaststaande gebeurtenissen voldoende grond vormen voor de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst zodat verdere bewijslevering overbodig was, deels berustte op de camerabeelden. Ten slotte mogen er aan een bewijsaanbod tot het leveren van tegenbewijs geen hoge eisen worden gesteld.[21]

Wat is nu het resultaat van deze twee uitspraken van de Hoge Raad? Het gerechtshof mocht niet weigeren camerabeelden te bekijken van wat zich in de politiecel nu werkelijk had afgespeeld. Achteraf deze zaak beziend is moeilijk invoelbaar hoe die weigering tot stand kwam. In de zaak van de metrobestuurder blijkt dat zelfs als er beelden zijn en deze zijn bekeken, de beelden ter discussie kunnen worden gesteld. Dat is onderdeel van horen en wederhoren. In dit geval betrof die discussie zowel de vraag of de beelden, ook al waren ze gezien, voor bewijslevering mochten dienen als de vraag of de beelden dusdanig waren gemanipuleerd dat daarover verdere bewijslevering noodzakelijk was. Het oordeel van de Hoge Raad over dat laatste onderdeel ligt minder voor de hand; ook als vast komt te staan dat er fors in de beelden is geknipt, kan daar op zichzelf nog niet uit volgen dat de zichtbare gedragingen van de metrobestuurder, zoals klaarblijkelijk wel te zien op de ter zitting getoonde beelden, hun afkeurenswaardige karakter verliezen. Zo bezien verzet ook het 'prognoseverbod' zich niet tegen dit oordeel[22] en zo bezien had de Hoge Raad dit oordeel aan de feitenrechter kunnen, en dan ook moeten, laten.

6. Sluitstuk

Alhoewel de aard van het bewijs, te weten videobeelden, is aangegrepen om deze bijdrage te schrijven omdat dit als vanzelf een bepaalde samenhang geeft, grijp ik deze uitspraken aan om ze te plaatsen in de bredere context van de modernisering van het bewijsrecht. Ze lijken immers te passen in de trend dat steeds kritischer wordt gekeken naar de rechter in feitelijke aanleg die – in de woorden van Lewin[23] – geen zin heeft om zijn best te doen voor een actieve houding om de relevante en ware feiten boven tafel te krijgen. Velen hebben gewezen op zorgen die bestaan over overbelaste feitenrechters die zaken 'efficiënt' maar ten onrechte afdoen op de stelplicht of die aandringen op een schikking.[24] Het zijn geluiden die algemeen worden gehoord. Het verbaast mij dan ook enigszins dat De Bock – alweer – het 'logisch' noemt dat in het wetsvoorstel Vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht nadere normen worden gesteld die erop gericht zijn dat de partijen al voorafgaand aan de procedure bewijs verzamelen. Dat lijkt mij nu net niet logisch, omdat zij in datzelfde artikel bij herhaling en terecht constateert dat rechters de nu al bestaande verplichtingen zelden afdwingen en weinig gebruikmaken van hun bevoegdheden. Of het nu gaat om de toepassing van artikel 22 Rv, de discretionaire bevoegdheid van de rechter om een partij te gelasten stukken in te brengen of om de toepassing van de weinig uitgewerkte sanctiebevoegdheid die aan artikel 21 Rv (waarheids- en volledigheidsplicht) is gekoppeld, 'de bevoegdheden krijgen pas betekenis als de rechter ook gebruikmaakt van die bevoegdheden'. Inderdaad, en dat doen rechters nauwelijks. Wat hebben nieuwe normen voor zin als de rechter er niet aan wil – en niet aan hoeft? In de beide hier besproken zaken laat de Hoge Raad zien dat de rechter, als het gaat om het honoreren van een be-

21. Vgl. concl. A-G De Bock 4 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1153 voor HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:441, punt 3.71.
22. Over het prognoseverbod HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726, *NJ* 2022/87, r.o. 3.5.2 en de aldaar genoemde eerdere uitspraken. Zie voor een zaak waarin het gerechtshof geen tegenbewijs tegen videobeelden toelaat, Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2014:1711 (geen cassatie). In r.o. 4.7 oordeelt het hof dat eventueel getuigenbewijs logischerwijs niet kan afdoen aan wat al uit de videobeelden blijkt. Als wat op de beelden wel te zien is ter discussie staat, had een deskundigenbericht meer in de rede gelegen. Op een aanbod om deskundigenbewijs te leveren hoeft de rechter overigens niet in te gaan.
23. Lewin 2017.
24. Vgl. Verkerk 2018 en alle anderen die hij noemt. Veel eerder al W.D.H. Asser in zijn annotatie bij HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270: 'Er is een spanningsveld dat wordt veroorzaakt doordat enerzijds de wet in art. 166 lid 1 Rv de rechter verplicht om een op het leveren van getuigenbewijs gericht aanbod te honoreren en anderzijds de realiteit van de krappe bezetting van de gerechten en de overvolle enquêteagenda's tot een restrictief beleid uitnodigen. Getuigenverhoren verslinden tijd en die is in de civiele rechtspraak steeds kostbaarder geworden.'

wijsaanbod, in elk geval wel wat *hoeft*.[25] Dat is natuurlijk op zichzelf niet nieuw, maar het zijn uitspraken die volgen op, en in lijn staan met de vlammende betogen van de advocaat-generaal die de waarheidsvinding vooropstelt. Zo bezien is de boodschap aan de feitenrechter dat hij om recht te doen een actieve rol moet spelen bij de waarheidsvinding en dat dit in elk geval betekent dat het aanbod bewijs te leveren – ook als dat gaat om videobeelden of getuigenbewijs over wat *mogelijk* met die beelden mis was – welwillend beschouwd moet worden.

25. Enkele recente voorbeelden die meer specifiek zien op het 'afdoen op de stelplicht' waarin de Hoge Raad casseert, zijn te vinden in HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726 of HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:161 (in dit geval zelfs tegen het advies van de A-G in). Vergelijk dit met HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4841, *NJ* 2005/269, waarin de Hoge Raad tot onbegrip van annotator Asser (onder *NJ* 2005/270) de rechtbank 'dekt'.

Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (X)

A.W. JONGBLOED*

1. Huurrecht

Zoals bekend is leidend HR 20 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974. Het betrof een door Heineken gehuurde caféruimte die door Heineken werd onderverhuurd aan een horecahuurder. Oftewel Heineken was tussenhuurder. Teneinde de verspreiding van het coronavirus terug te dringen is vanaf 15 maart 2020 een *lockdown* ingesteld, krachtens welke onder andere cafés gedwongen moesten sluiten. Die sluiting duurde tot 1 juni 2020. Aan haar onderhuurders heeft Heineken eind april 2020 een brief gestuurd waarin ze aangeeft dat uit coulance de huur over april en mei 2020 wordt kwijtgescholden waarbij Heineken één maand zal dragen en de pandeigenaar de andere maand. Aan de pandeigenaren schrijft Heineken dat zij de kwijtschelding over één maand met de pandeigenaren wil verrekenen. Op die manier betaalt Heineken uiteindelijk één maand huur niet. De betrokken pandeigenaar kon zich daar niet in vinden en dat was aanleiding voor de procedure en de prejudiciële vraag. De zaak is inmiddels verder behandeld door de kantonrechter aan de hand van het antwoord op de gestelde prejudiciële vraag. Deze (Rb. Limburg (ktr.) (zp. Roermond) 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7132) heeft uitgesproken dat Heineken als tussenhuurder niet (rechtstreeks) voor haar omzet afhankelijk is van de komst van het publiek in het café. Ook dient in de optiek van de kantonrechter de kring van gerechtigden die aanspraak kunnen maken op coronakorting beperkt te blijven. Deze uitgangspunten leidden tot de conclusie dat Heineken geen recht heeft op coronakorting en Heineken werd veroordeeld om aan de (hoofd)verhuurder de volledige huurprijs te betalen. Heel verrassend is de uitspraak niet, want Rb. Rotterdam (ktr.) 11 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1842, oordeelde al in vergelijkbare zin in het geval van een horecagroothandel die een pand huurde. De groothandel exploiteerde – net als Heineken – zelf geen café. Weliswaar werd de groothandel getroffen door de sluiting van de horeca, maar indirect. In casu bestond onvoldoende 'disbalans' in de huurverhouding tussen de huurder en de verhuurder en de horecagroothandel werd veroordeeld om de volledige huur te betalen. Geconcludeerd kan worden dat een vermindering van de huurprijs wegens onvoorziene omstandigheden een uitzondering is op het beginsel dat een huurovereenkomst volledig moet worden nagekomen. De huurder wiens winkel of horecaonderneming getroffen werd door de coronamaatregelen kan (rekening houdende met de invloed van de steun in het kader van de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL)) aanspraak maken op huurvermindering, maar in andere gevallen is dat minder vanzelfsprekend.

In de hiervoor genoemde uitspraak HR 20 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 heeft de Hoge Raad zich er ook over uitgesproken of corona een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek (BW) is. Nu zijn rechterlijke uitspraken op het concrete geval gericht. Niet verwonderlijk dat in een andere procedure het verweer wordt gevoerd dat corona in casu geen onvoorziene omstandigheid oplevert. In Rb. Amsterdam (ktr.) 21 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5831 (*X/FS*) ging het om de verhuur van twee Holiday Inn-hotels in Amsterdam met een huurprijs van € 4.291.553,04 per jaar en waarbij aanspraak werd gemaakt op een huurkorting van € 3.318.592. FS betwistte dat in dit geval de coronacrisis een onvoorziene omstandigheid vormde, omdat het hier gaat om een hotelonderneming met een langjarig huurcontract en partijen in de hotelbranche die een langjarige huurovereenkomst van 25 jaar of meer sluiten rekening houden met de mogelijkheid dat zich gedurende de looptijd van de huurovereenkomst een crisis zoals de coronapandemie voordoet. Dat is volgens FS impliciet verdisconteerd in de huurovereenkomst: met enige regelmaat doen zich immers ernstige gebeurtenissen voor die een vergaande invloed hebben op de bedrijfsvoering van ondernemingen en meer specifiek is het zo dat de hotelbranche economische schommelingen volgt. Naarmate de huurtermijn langer is, wordt de waarschijnlijkheid dat zich in de huurperiode een economische crisis voordoet groter. Professionele partijen mogen geacht worden zich daarvan bewust te zijn. In dit geval bedraagt de huurtermijn 25 jaar en inclusief verlengingsopties zelfs 45 jaar. Het betekent volgens FS dat ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst het waarschijnlijk was dat zich in die huurtermijn een economische crisis zou voordoen, zodat dit in de huurovereenkomst is verdisconteerd. De kantonrechter verwerpt echter dit verweer en wijst erop dat voor de beoordeling van het verweer van FS van belang is of er concrete aanwijzingen zijn dat de overheidsmaatregelen die sinds maart 2020 zijn getroffen in verband met de coronapandemie in de huurovereenkomst zijn verdisconteerd. Maar deze concrete aanwijzingen zijn er volgens de kantonrechter niet. Het is onvoldoende dat de huurder ten tijde van het sluiten

* Prof. mr. A.W. Jongbloed is hoogleraar Executie- en beslagrecht aan de Universiteit Utrecht en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

van de huurovereenkomst moet hebben geweten dat het waarschijnlijk was dat zich in de huurtermijn van 25 jaar, met verlengingsmogelijkheid, een dergelijke economische crisis zou voordoen. Weliswaar kan worden aangenomen dat professionele partijen zich ervan bewust zijn dat in een periode van enkele tientallen jaren de kans op een economische crisis groot is, maar dat is iets anders dan dat zij bij het aangaan van de huurovereenkomst al dan niet stilzwijgend rekening hebben gehouden met de mogelijkheid van een pandemie en in verband daarmee getroffen overheidsmaatregelen, die direct van invloed zijn op de komst van publiek in het gehuurde. De conclusie van de kantonrechter is dat het ervoor gehouden moet worden dat de gevolgen van de overheidsmaatregelen tussen partijen ook in dit geval een onvoorziene omstandigheid vormen als bedoeld in artikel 6:258 BW.

Het lijkt erop dat vrijwel iedere huurder van (middenstands)bedrijfsruimte inmiddels op de hoogte is van de Hoge Raad-uitspraak van 20 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974. Sommige huurders startten zelf een procedure om de huurkorting te verzilveren, maar vaker wordt er aanspraak gemaakt op de huurkorting in een door de verhuurder wegens achterstallige betalingen aangespannen procedure. De huurder stelt dan dat de huurachterstand minder hoog is dan de verhuurder claimt omdat voor de huurder aanspraak bestaat op huurkorting. Een voorbeeld biedt Rb. Rotterdam (ktr.) 5 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7473. Tuincentrum Plantwaardig moest bij vooruitbetaling maandelijks een bedrag van € 2.700 voldoen, maar er bestond een achterstand in de betalingen voor een bedrag van € 12.617,28. Daarover bestond geen verschil van mening en evenmin was in discussie dat sprake was van een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW. De volgende stap zou zijn dat de kantonrechter volgens de 'vastelastenmethode' de huurprijsvermindering zou berekenen. Dat was voor de kantonrechter echter niet mogelijk. Plantwaardig had voorafgaand aan de mondelinge behandeling geen gegevens in het geding gebracht met betrekking tot (1) zijn totale vaste lasten, (2) de door hem ontvangen TVL en (3) de omzet in een vergelijkbaar tijdvak voorafgaand aan de coronapandemie, hoewel dat wel op zijn weg had gelegen. Ook al eerder had hij niet aangetoond dat zijn omzet door de coronacrisis (aanmerkelijk) was gedaald. Het betekende dat uitgegaan moest worden van de huurachterstand zonder huurprijsvermindering, zodat sprake was van een huurachterstand van meer dan twee, namelijk ruim vier maanden. Aangezien daarnaast geen feiten of omstandigheden waren gesteld die maken dat ontbinding van de huurovereenkomst in de omstandigheden van het geval niet zou zijn gerechtvaardigd, wordt de tussen partijen gesloten huurovereenkomst ontbonden en wordt Tuincentrum Plantwaardig veroordeeld om het gehuurde te ontruimen (met daarbovenop een veroordeling tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten).
Ook in de uitspraak van Rb. Amsterdam (vzr.) 5 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5249 werd een beperkte(re) huurachterstand afgewezen. Het betrof een procedure waarin de opheffing van beslagen werd gevorderd. Gehuurd werd een bedrijfsruimte waarbij in het gehuurde een horeca- en stripteaseclub werd geëxploiteerd met als bestemming seksinrichting. De overeengekomen maandelijkse huursom bedraagt € 59.573,71 en is tot en met maart 2020 betaald. Als gevolg van het coronavirus is de onderneming op last van de overheid op 15 maart 2020 (tijdelijk) gesloten. In opdracht van huurder heeft een horecamakelaar in een rapport van 23 juni 2020 de markthuurwaarde van het gehuurde gewaardeerd op € 69.750 per jaar. Huurder heeft zich hierna op het standpunt gesteld dat door de coronacrisis vanaf 15 maart 2020 een bedrag van € 5.812,50 per maand (= € 69.750 per jaar) is verschuldigd in plaats van de overeengekomen huurprijs van € 59.573,71 per maand. Verhuurder bleef bij de aanspraak op de volledig overeengekomen huursom van € 59.573,71 per maand en heeft verlof gevraagd om conservatoir beslagen te leggen. Op 8 juli 2022 is het gevraagde verlof verleend waarbij de vordering van verhuurder op huurder is begroot op € 813.700. Vervolgens is op 26 juli 2022 beslag gelegd op bankrekeningen en op onroerend goed. De bankbeslagen hebben doel getroffen voor een bedrag van in totaal € 425.992,41 en voor een bedrag van € 209.993,59. In de uitspraak van 5 september 2022 ging het om de opheffing van de beslagen. Weliswaar moest voor de periode april 2020 tot 1 maart 2022 een deskundige de gewijzigde huurprijs nog vaststellen, maar het was onvoldoende aannemelijk dat de deskundige daarbij het door de horecamakelaar vastgestelde bedrag van € 5.812,50 per maand in stand zou laten. Al met al was volgens de voorzieningenrechter te verwachten dat de huurachterstand eerder in de buurt van de berekening van in totaal € 813.700 zou komen dan in de buurt van de € 5.812,50 per maand. Het betekende dat de vordering van de verhuurder niet summierlijk ondeugdelijk is. Omdat niet aannemelijk is gemaakt dat het ene bankbeslag en het beslag op het onroerend goed problemen veroorzaken, blijven die gehandhaafd. Dat is anders voor het andere bankbeslag omdat daarmee de onderneming lam wordt gelegd. Omdat aannemelijk is dat de overige beslagen voldoende zekerheid bieden voor de vordering van verhuurder wordt het beslag op die bankrekening opgeheven. Met deze uitspraak is de positie van de verhuurder versterkt nu uitgegaan wordt van de door verhuurder aangenomen huurprijs en niet van de door huurder gewenste lagere huurprijs.
Daar staat een voor de huurder gunstige uitspraak tegenover. Rb. Rotterdam (ktr.) 2 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7419, oordeelde dat de omzet van een concern uit onlineverkopen niet relevant is en dat slechts omzetcijfers betreffende het gehuurde moeten worden betrokken in de beoordeling van de omvang van de huurkorting.

'Vooropgesteld wordt dat het bij de tijdelijke wijziging van de huurovereenkomst op grond van artikel 6:258 BW gaat om het herstel van de fundamentele verstoring van het evenwicht van de overeenkomst, dat wil zeggen de verstoring van de verhouding tussen de prestatie van de verhuurder (terbeschikkingstelling van het gehuurde als winkelruimte) en de tegenprestatie van

de huurder (betaling van de huur). Gelet hierop zijn voor de beoordeling van de wijze waarop en de mate waarin de huurovereenkomst gewijzigd moet worden uitsluitend die activiteiten van het bedrijf van belang die het gehuurde betreffen, althans die in verband staan met het gehuurde. Dat betekent dat het feit dat het bedrijf, althans het concern waartoe zij behoort, buiten het gehuurde nog andere activiteiten heeft die in de betreffende periode wellicht beter rendeerden, in beginsel niet van belang is voor wat betreft de verdeling van het nadeel, nu die activiteiten in principe buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder staan. Dit zou anders kunnen zijn indien kan worden geoordeeld dat er een verband bestaat tussen de teruggelopen omzet in het gehuurde en deze andere activiteiten. Zo'n verband is echter moeilijk aannemelijk te maken (zie de conclusie voor HR 20 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 onder 5.37.4). De kantonrechter acht het enkele feit dat het bedrijf beschikt over een webwinkel onvoldoende om zo'n verband aannemelijk te achten. Hij sluit aan bij hetgeen deze rechtbank heeft overwogen in het vonnis van 28 januari 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:627, rov. 2.4) en komt in zoverre dus terug op een eerdere uitspraak, waarnaar door [naam stichting] is verwezen (Rechtbank Rotterdam 9 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6738).'[1]

Maar daar vallen kanttekeningen bij te plaatsen. In Rb. Den Haag (ktr.) 10 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3176 (*Media Markt/Nedvest*) was de kern van het geschil of de omzet die Media Markt (als concern) online heeft gegenereerd, althans heeft laten genereren door een dochtervennootschap, moest worden betrokken bij de omzet die Media Markt Den Haag (niet) heeft gegenereerd. De Hoge Raad heeft in het al genoemde arrest van 24 december 2021 niet de vraag beantwoord met welke omzet hierbij rekening dient te worden gehouden en welke uitgangspunten daarbij hebben te gelden. Het door de Hoge Raad gegeven model geeft alleen antwoord op de vraag hoe 'de procentuele omzetvermindering' feitelijk gezien moet worden vastgesteld. In de aan de uitspraak voorafgaande conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:902) zijn wel een aantal uitgangspunten geformuleerd voor de beantwoording van de vraag met welke omzet rekening dient te worden gehouden. Een van de uitgangspunten is dat het omzetverlies dient te worden bepaald voor het huurobject waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het gaat daarbij niet om de omzet die de huurder met andere activiteiten heeft behaald of de omzet die door aan de huurder gelieerde vennootschappen is behaald. Een afwijking van dit uitgangspunt moet volgens de advocaat-generaal worden gemotiveerd (zie punt 5.19.1). Dat betekent dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden die een huurprijsvermindering rechtvaardigen, slechts moet worden gekeken naar het omzetverlies dat Media Markt Den Haag heeft geleden en niet naar de omzet die Media Markt elders – online of in andere winkels – heeft gerealiseerd. Maar de kantonrechter vindt een dergelijke benadering in casu echter te beperkt en wijkt af van dat uitgangspunt, want duidelijk is dat Media Markt (als concern) een groei heeft doorgemaakt die (mede) het gevolg is geweest van de coronacrisis. Daarom is het niet redelijk dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden die een huurprijsvermindering rechtvaardigen, slechts zou worden gekeken naar het omzetverlies dat Media Markt Den Haag heeft geleden. Zou namelijk alleen het omzetverlies van Media Markt Den Haag worden betrokken bij deze vraag, dan kan dat in de onderhavige situatie tot een onevenredige uitkomst leiden. Media Markt heeft als concern dan geprofiteerd van de coronapandemie en haar gevolgen doordat de omzet is toegenomen – onder meer door een aanhoudende sterke vraag naar 'home office-apparatuur' en 'home entertainment' – en geniet daar bovenop een (financieel) voordeel in de vorm van een huurprijsvermindering omdat de omzet niet is behaald in haar winkel in Den Haag (maar vermoedelijk online). Dit terwijl de verhuurder (als vastgoedondernemer) zijn activiteiten niet (online) heeft kunnen voortzetten en niet heeft kunnen profiteren van de voordelen waar Media Markt (kennelijk) wel van heeft kunnen profiteren. Daarom moet bij de vraag of sprake is van een omzetverlies over de periode december 2020 tot en met april 2021 en de maand december 2021 ook de omzet die Media Markt elders binnen het concern (en dan met name via de webshop) heeft gerealiseerd worden betrokken nu het doen van een onlineaankoop voor een groot deel van het winkelend publiek de enige mogelijkheid is geweest omdat alle fysieke winkels van Media Markt vanaf 15 december 2020 tot 28 april 2021 en in december 2021 gesloten zijn geweest. De kantonrechter realiseert zich dat niet alle omzet die online is behaald, kan worden toegerekend aan de winkel in Den Haag, althans de klanten die Media Markt Den Haag normaal gesproken voorziet van elektronicaproducten (en toebehoren). Een klant die in bijvoorbeeld Limburg of Groningen woont en die tijdens de coronacrisis een bestelling online heeft geplaatst, was normaal gesproken – de coronacrisis weggedacht – vermoedelijk niet naar de winkel in Den Haag afgereisd om zijn elektronicaproduct te kopen (uitzonderingen daargelaten), maar naar een winkel bij hem of haar in de buurt. Voor een evenwichtige uitkomst op de vraag of, en zo ja, welk omzetverlies Media Markt (in Den Haag) heeft geleden, dient Media Markt daarom eerst inzichtelijk te maken welk aandeel (percentage) de winkel in Den Haag in het jaar 2019 (het jaar vóórafgaand aan de uitbraak van het coronavirus) had in de totale omzet van Media Markt. Daar-

1. Zo ook Rb. Rotterdam (ktr.) 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8656 (*Immorente/UNC Wardrobe*): '4.12 (…) De kantonrechter stelt voorop dat het bij een tijdelijke wijziging van de huurovereenkomst op grond van artikel 6:258 BW gaat om het herstel van de verstoring van het evenwicht in de relatie tussen de huurder en de verhuurder. Dat brengt mee dat bij de beoordeling in beginsel alleen de activiteiten van het gehuurde van belang zijn die het gehuurde betreffen, althans die met het gehuurde in verband staan. Tegenover de gemotiveerde betwisting door Unconventional Wardrobe dat in de berekening andere omzet moet worden meegenomen dan de omzet die voortvloeit uit de winkelactiviteiten, zijn door Immorente geen feiten of omstandigheden gesteld die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat hier wel reden voor is. (…).'

voor zijn (1) de omzetcijfers nodig van Media Markt over het jaar 2019 en (2) de omzetcijfers van Media Markt Den Haag over het jaar 2019. Als bekend is welk aandeel Media Markt Den Haag heeft in de totale omzet van Media Markt, dient (3) inzichtelijk te worden gemaakt wat het (theoretische) aandeel is geweest in de omzet die Media Markt heeft behaald door de aankopen die online zijn gedaan door de klanten die Media Markt Den Haag normaal gesproken voorziet van elektronicaproducten in de periode waarover Media Markt huurprijsvermindering vordert. Media Markt heeft bij de overgelegde omzetcijfers weliswaar rekening gehouden met onlineverkoop, maar die onlineverkoop houdt geen rekening met een onlineaankoop die een klant (in – vermoedelijk – Den Haag en omstreken) heeft gedaan en die vanuit het magazijn van de webshop aan de klant is verzonden. Naast de omzetcijfers die Media Markt Den Haag met de onlineactiviteiten heeft gerealiseerd, dient Media Markt daarom ook inzage te verschaffen in de omzetcijfers van de webshop over 2019 en de periode waarover zij huurprijsvermindering vordert (december 2020 tot en met april 2021 en de maand december 2021).

Overigens gaan sommige huurders van bedrijfsruimte er heel/veel te gemakkelijk van uit dat aanspraak bestaat op een huurkorting en soms rekenen zij zich rijker dan wat vergoed zou moeten worden op grond van de gebruikelijke rechtspraak en is hun onderbouwing soms gebrekkig. Een voorbeeld biedt Rb. Limburg (ktr.) (zp. Roermond) 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7283 (*Karioka/Siebel*). In dat geval liep het goed af voor huurder Siebel:

'Hoewel de kantonrechter het met Karioka eens is dat Siebel slordig met cijfers omgaat en deze matig onderbouwt, is er op dit moment onvoldoende aanleiding om ze als onjuist terzijde te stellen. Daarmee zal aangenomen worden dat de verdeling van het omzetverlies als gevolg van de coronapandemie en met inachtneming van verstrekte TVL tot een huurkorting leidt van € 6.660,78.'[2]

Anders werd geoordeeld in Rb. Limburg (ktr.) (zp. Roermond) 27 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:8228 (*Wamberg I/X*). Er bestond geen recht op huurprijsvermindering wegens COVID-19, want gedaagde had alleen de jaaromzet over 2017 overgelegd (gegevens over bijvoorbeeld de omzet van 2019 en de gestelde vaste lasten ontbraken) en dit is een onvoldoende onderbouwing.

In het verlengde van de constatering dat soms te gemakkelijk wordt aangenomen dat aanspraak bestaat op een huurkorting ligt de casus zoals blijkende uit Rb. Noord-Holland (ktr.) (zp. Alkmaar) 28 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8585 (*Mabox/Yin Acma Yang*): voor niet-juridisch geschoolden (huurder Yin Acma Yang werd vertegenwoordigd door haar directeur-eigenaar die kennelijk meer financieel-economisch of medisch dan juridisch is geschoold) is het soms lastig dat als een procedure wordt gevoerd alles door een juridische bril wordt bekeken. De huurovereenkomst bepaalde dat een winkelpand was verhuurd, maar ter zitting kwam vast te staan dat Yin Acma Yang in het gehuurde een praktijkruimte heeft geëxploiteerd. Dit betekende dat de kantonrechter de huurovereenkomst bestempelde als een bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230a BW. Dat onderscheid was in casu niet van groot belang omdat sprake was van een huurachterstand van meer dan € 80.000 en het de ontbinding van de overeenkomst gevolgd door ontruiming betrof. Maar huurder Yin Acma Yang meende in aanmerking te komen voor huurkorting wegens corona. Ook voerde Yin Acma Yang aan dat zij door de coronamaatregelen omzetverlies had geleden en dus minder huur verschuldigd zou zijn. De kantonrechter vatte dit op als een beroep op onvoorziene omstandigheden, maar dit verweer was niet met concrete feiten en omstandigheden onderbouwd, terwijl op de zitting naar voren kwam dat Yin Acma Yang als essentiële voorziening niet door de overheid gedwongen gesloten was maar mocht openblijven. Dit vormde een extra reden om concreet en met bewijsstukken te onderbouwen dat er door de coronamaatregelen omzetverlies was geleden. Zo werden bijvoorbeeld geen jaaroverzichten overgelegd waaruit een omzetdaling zou kunnen blijken. Yin Acma Yang heeft ook niet uiteengezet voor welke tegemoetkomingen vanuit de overheid zij wel of niet in aanmerking kwam. Verder ligt het niet op de weg van de verhuurder om hierover contact op te nemen met de huurder: de huurder moet zelf initiatief nemen om in aanmerking te komen voor een huurkorting in verband met 'coronaverlies'. Dat heeft Yin Acma Yang niet gedaan. Het betekende dat het beroep op onvoorziene omstandigheden daarom niet slaagde.

Corona heeft ook invloed op huurovereenkomsten betreffende woonruimte, maar het aantal uitspraken is minder dan de hoeveelheid jurisprudentie betreffende bedrijfsruimte. Een voorbeeld biedt Rb. Noord-Holland (ktr.) (zp. Alkmaar) 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8319. Het betrof de huur van een vakantiewoning. Huurster heeft op 3 februari 2020 via een onlineplatform een huurovereenkomst gesloten voor een vakantie met haar gezin in de door verhuurder verhuurde woonboerderij voor de periode van

2. Zo ook Rb. Rotterdam (ktr.) 11 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:79585: 'De kantonrechter beschikt op dit moment over onvoldoende gegevens om de voornoemde "vastelastenmethode" te kunnen toepassen. De kantonrechter ziet dan ook aanleiding om [bedrijf B] in de gelegenheid te stellen bij akte alsnog de benodigde gegevens in het geding te brengen. Daarbij dient [bedrijf B] per huurrelatie aan te geven wat de totale vaste lasten van de huurder zijn, wat de overeengekomen huurprijs is en wat de ontvangen TVL is. Daarnaast dient per huurrelatie te worden aangegeven wat de omzet is geweest in de periode maart 2020 tot en met september 2021, alsook in de daaraan voorafgaande referteperiode 2018, 2019 en de maanden januari en februari van 2020. Zo nodig kan [bedrijf B] haar vordering naar aanleiding van hetgeen hiervoor is overwogen daarnaast nog aanpassen en nader toelichten. [bedrijf A] zal vervolgens in de gelegenheid worden gesteld daarop bij antwoordakte te reageren, waarbij zij in elk geval opgave zal moeten doen van de door haar gestelde huurachterstand vanaf 1 november 2020.'

30 mei tot 12 juni 2020. De overeengekomen huurprijs bedroeg € 1.465,17 (inclusief € 134,47 voor servicekosten). Op dezelfde dag heeft huurster een aanbetaling gedaan van € 799,82. Op 11 mei 2020 geeft huurster in een bericht via het onlineplatform aan dat zij van de vakantie wil afzien in verband met de actuele coronasituatie. Verhuurder antwoordt per ommegaande: huurster kan komen, maar kan ook annuleren via het onlineplatform en een terugbetaling ontvangen. Huurster wil inderdaad annuleren, maar krijgt van het onlineplatform de melding dat haar boeking niet voor restitutie in aanmerking komt. Op haar vraag hoe de restitutietoezegging door verhuurder wordt afgewikkeld krijgt ze geen reactie. Vervolgens, op 16 mei 2020, ontvangt huurster een bevestiging van het onlineplatform dat de boeking is geannuleerd, maar voor de terugbetaling wordt verwezen naar de verhuurder. De stand van zaken is dan dat huurster het na de aanbetaling nog openstaande deel van de overeengekomen huurprijs (€ 665,35) niet heeft betaald en dat zij diverse malen (via het onlineplatform) aanspraak heeft gemaakt op terugbetaling van haar aanbetaling van € 799,82. Pas op 23 februari 2021 heeft het onlineplatform de servicekosten van € 134,47 aan huurster terugbetaald. Dan wordt het tijd een advocaat in te schakelen die in een e-mail van 18 mei 2021 aan verhuurder heeft gevraagd te bevestigen dat de huurovereenkomst is ontbonden wegens bijzondere en onvoorziene omstandigheden (de coronapandemie) en die verhuurder heeft gesommeerd tot terugbetaling van de aanbetaling, vermeerderd met wettelijke rente en incassokosten. Aan dat verzoek wordt voldaan maar (het na terugbetaling van de servicekosten resterende deel van) de aanbetaling wordt niet terugbetaald. In de procedure die dan volgt, vordert huurster de (terug)betaling van € 665,35, namelijk het bedrag van de aanbetaling minus de gerestitueerde servicekosten. Verhuurder stelt daar tegenover dat huurster de boeking eenzijdig heeft geannuleerd binnen 30 dagen voor aankomst, zodat zij op grond van de geldende annuleringsvoorwaarden geen recht heeft op restitutie van de huurprijs. Desondanks is in verband met corona de helft van de huurprijs kwijtgescholden, maar er is niet toegezegd dat de huurprijs volledig zou worden gerestitueerd. Er wordt op gewezen dat huurster de boeking tot 30 maart 2020 kosteloos kon annuleren, maar zij heeft er bewust voor gekozen deze aan te houden tot 11 mei 2020, terwijl zij wist dat dan geen recht op restitutie meer bestond. Ook heeft zij geen gebruik gemaakt van het aanbod de reis kosteloos te verplaatsen naar een later tijdstip. Het vakantieverblijf was beschikbaar en huurster had daar in de periode van 30 mei tot 12 juni 2020 gewoon gebruik van kunnen maken, maar door de late annulering heeft verhuurder het vakantieverblijf voor de betreffende periode niet meer aan een ander kunnen verhuren. De kantonrechter geeft aan dat partijen bij de boeking op 3 februari 2020 geen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat kort daarna sprake zou zijn van een wereldwijde verspreiding van het coronavirus en de daaruit voortvloeiende gezondheidsrisico's en overheidsmaatregelen. Er is sprake van een onvoorziene omstandigheid. Ook blijkt dat er geen sprake was van overheidsmaatregelen die gebruikmaking van het geboekte vakantieverblijf onmogelijk maakten. Pas in de procedure beroept huurster zich op het gezondheidsrisico dat zij niet wilde nemen voor een vakantie. Vast komt te staan dat verhuurder in staat en bereid was om te leveren wat was overeengekomen, namelijk het verblijf van huurster en haar gezin in het gehuurde. Geen hout snijdt het betoog van huurster dat het onvoorziene risico van de coronacrisis volledig voor rekening van verhuurder moet komen. Integendeel: verhuurder heeft geen onverkorte nakoming van de overeenkomst verlangd, maar in afwijking van de overeengekomen annuleringsvoorwaarden de helft van de huurprijs kwijtgescholden, waarmee het nadeel van de coronacrisis gelijkelijk over partijen is verdeeld. Omdat huurster niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij met de verhuurder heeft afgesproken dat volledige terugbetaling zou plaatsvinden en het beroep op vernietiging van de annuleringsvoorwaarden faalt (verhuurder handelde als particulier die een deel van zijn woonboerderij heeft verhuurd) wordt de vordering afgewezen.

2. Staats- en bestuursrecht

In het oktobernummer van Ars Aequi zijn twee artikelen opgenomen over staatsnoodrecht: S. Daniëls, 'Staatsnoodrecht: kritische kanttekeningen bij het huidige moderniseringsdebat', p. 778-786 en J. Doomen, 'Staatsnoodrecht: balanceren tussen democratie en slagvaardigheid', p. 806-813. De coronaregelgeving is op dit moment grotendeels op tijdelijke regelingen gebaseerd, terwijl de wens bestaat dat een reguliere op de toekomst gerichte regeling tot stand komt. In dat kader valt ook te noemen de brief van de ministers van VWS, van JenV, voor Langdurige Zorg en Sport en voor Primair en Voortgezet Onderwijs (12 oktober 2022) over het deelrapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid: 'Aanpak Coronacrisis', Deel 2, *Kamerstukken II* 2022/23, 25295, nr. 1956 (+ bijlage).

3. Verlenging en wijziging van regelingen

Bij Besluit van 27 september 2022, *Stb*. 2022, 371, tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19 worden voor een aantal van de COVID-gerelateerde wetten de laatstelijk vastgestelde vervaldata gewijzigd van 1 oktober 2022 (vgl. het verlengingsbesluit van 20 juli 2022, *Stb*. 2022, 309) in 1 december 2022, zodat de geldigheid daarvan verlengd wordt tot deze nieuwe vervaldatum. Het betreft de in de bijlage bij deze toelichting nader aangeduide voorzieningen in de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, de Verzamelspoedwet COVID-19, de Tweede Verzamelspoedwet COVID-19 en de Tijdelijke rijkswet voorziening Rijksoctrooiwet 1995 COVID-19.

De herschikking van de Bewijsverordening en de Betekeningsverordening

S. STUIJ*

1. Inleiding

In geschillen waaraan een internationaal aspect kleeft, kan het voorkomen dat ofwel de gedaagde in het buitenland woonplaats heeft als deze moet worden gedagvaard, ofwel in het buitenland getuigen moeten worden gehoord of andere bewijshandelingen moeten worden verricht. Voor dergelijke situaties zijn op internationaal niveau verschillende regelingen tot stand gekomen: in eerste instantie betrof dat voornamelijk internationale verdragen,[1] maar sinds de eeuwwisseling ook Europese instrumenten zoals de Betekeningsverordening (BetVo) en de Bewijsverordening (BewijsVo). Recent zijn deze beide verordeningen 'herschikt'.[2] In deze bijdrage zal nader worden ingaan op de herschikking van de Bewijsverordening en de herschikking van de Betekeningsverordening, die beide op 1 juli 2022 van toepassing zijn geworden, en op de wijzigingen die de herschikkingen met zich hebben gebracht. Daartoe zal eerst de mechaniek van beide verordeningen worden geschetst (par. 2), waarna zal worden ingegaan op het nieuwe (gedecentraliseerde) IT-systeem (par. 3), het toepassingsgebied (par. 4), de specifieke wijzigingen van de BewijsVo (par. 5) en de BetVo (par. 6), en de taal waarin verzoeken moeten worden opgesteld (par. 7). Deze bijdrage wordt afgerond met een korte conclusie (par. 8).

2. Korte schets Betekeningsverordening en Bewijsverordening

Zowel de BetVo als de BewijsVo is een typisch rechtshulpinstrument waarmee de medewerking van buitenlandse instanties kan worden verzocht in het geval dat een procedure een grensoverschrijdend element heeft. Het mechanisme is gebaseerd op de samenwerking tussen daartoe aangewezen nationale instanties. In deze verordeningen zijn dat er drie: de verzendende instantie, de ontvangende instantie en het centraal orgaan, welke laatste vooral zorgdraagt voor een soepel verloop van het proces en voor de informatievoorziening. De beide verordeningen voorzien aldus in een mechanisme om het proces van bewijsverkrijging respectievelijk betekening te versoepelen. Zij geven zelf geen regels inzake de betekening of de bewijsverkrijging. Daarvoor wordt in de BetVo verwezen naar het recht van de lidstaat waar het stuk moet worden betekend (art. 11 lid 1 BetVo 2020), al worden wel een paar basisvoorwaarden gegeven (de persoon aan wie wordt betekend moet het stuk kunnen begrijpen, enz.). Voor het bewijsrecht geldt dat het toepasselijke recht wordt bepaald aan de hand van ofwel de *lex fori* (het formele bewijsrecht oftewel de wijze waarop het bewijs geleverd moet worden), ofwel de *lex causae* (het materiële bewijsrecht oftewel wat moet worden bewezen en door wie).[3]

In het stelsel van de BetVo moet de verzendende instantie – in Nederland de gerechtsdeurwaarder – het verzoek tot betekening samen met het te betekenen stuk verzenden aan de ontvangende instantie in de lidstaat waar het stuk moet worden betekend.[4] De ontvangende instantie zendt dan een ontvangstbevestiging aan de verzendende instantie en zorgt voor de betekening volgens de regels van de ontvangststaat of, indien dat als zodanig is verzocht, op de wijze zoals in het verzoek is vermeld, mits dat niet in strijd is met het recht van de ontvangststaat. Wanneer het stuk is betekend, zendt de ontvangende instantie het certificaat van betekening aan de verzendende instantie. Mocht de betekening om welke reden dan ook niet zijn gelukt, dan stelt de ontvangende instantie de verzendende instantie daarvan op de hoogte. Degene aan wie wordt betekend heeft het recht het stuk te weigeren, indien het stuk niet is gesteld in een taal die hij niet begrijpt of in de

---

* Mr. dr. S. (Steven) Stuij is universitair docent privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Zoals het Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970 (*Trb.* 1979, 38), resp. het Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage 15 november 1965 (*Trb.* 1966, 91).
2. Met dien verstande dat de Betekeningsverordening 2007 op haar beurt ook al een wijziging betrof van de eerste BetVo uit 2000 (Verordening (EG) nr. 1348/2000). Om verwarring te voorkomen zal in het navolgende steeds de verordening met het jaartal van vaststelling worden genoemd, dus 'BetVo 2020', 'BetVo 2007', enz. De nieuwe Bewijsverordening zal 'Bewijsverkrijgingsverordening' gaat heten, maar ook daarvoor zal de afkorting BewijsVo worden gehanteerd.
3. Zie A.P.M.J. Vonken, m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/188. Zie uitgebreider over het bewijsrecht en IPR, B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging*, Deventer: Kluwer 2008.
4. Zie het e-Justitieportaal: e-justice.europa.eu/.

officiële ta(a)l(en) van de aangezochte lidstaat (art. 12 BetVo 2020).

In het stelsel van de BewijsVo dient de verzendende instantie – de rechter bij wie het geding aanhangig is – eveneens een verzoek te richten aan de ontvangende instantie in de lidstaat waar de bewijshandeling moet worden verricht,[5] hetzij door de ontvangende instantie (in geval van *indirecte* bewijsverkrijging) of door de verzendende instantie zelf (in geval van *directe* bewijsverkrijging).[6]

Met beide 'herschikkingen' verandert er weinig aan het wezen van deze procedure. Wel vindt een aantal andere wijzigingen plaats waarop in deze bijdrage verder zal worden ingegaan. Deze zien op hoofdlijnen op het toepassingsgebied, het gebruik van informatie- en communicatietechnologie en het zogeheten 'e-CODEX'-systeem, en verschillende wijzigingen in de uitvoeringswetten. Ook zal kort worden stilgestaan bij overige wijzigingen in de verordeningen.

3. Het 'gedecentraliseerd IT'-systeem en 'e-CODEX'

Een van de belangrijkste wijzigingen die met de herschikking van zowel de BewijsVo als de BetVo wordt bewerkstelligd, is het gebruik van een zogeheten 'gedecentraliseerd IT-systeem' voor de verzending van verzoeken en mededelingen tussen de instanties van de lidstaten. Het gebruik van dit systeem is dwingend voorgeschreven;[7] alleen in bijzondere omstandigheden mag van een andere methode van het verzenden van verzoeken of mededelingen gebruik worden gemaakt. Het 'gedecentraliseerd IT-systeem', waarover in beide herschikkingen wordt gesproken, moet nog worden geïmplementeerd. Voor de lidstaten wordt implementatiesoftware ontwikkeld waarmee dit systeem op de nationale IT-systemen kan worden aangesloten.[8] Op dit moment is de Europese Commissie bezig met een systeem dat ook wel bekend is onder de naam 'e-CODEX', wat staat voor '*e-Justice Communication through Online Data Exchange*'. Het juridisch kader voor e-CODEX wordt gevormd door een bijzondere verordening, die op 30 mei 2022 is vastgesteld en op 21 juni 2022 in werking is getreden.[9] De bedoeling is dat e-CODEX uiteindelijk zal worden overgedragen aan het Agentschap van de Europese Unie voor het operationeel beheer van grootschalige IT-systemen op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht ('eu-LISA'), maar tot die tijd valt het e-CODEX-project onder het beheer van een consortium van lidstaten en organisaties met financiering uit programma's van de Europese Unie (EU).[10] Het systeem werkt als een soort 'portal' waarmee gebruikers uit de lidstaten – de zogenoemde instanties, zoals gerechten en gerechtsdeurwaarders – de verzoeken in het kader van de BewijsVo 2020 of de BetVo 2020 kunnen verzenden.

Ook al is de introductie van het gedecentraliseerde IT-systeem voor het verzenden van verzoeken en kennisgevingen een van de belangrijkste veranderingen die de herschikking van de BetVo en de BewijsVo heeft meegebracht, dit is echter niet de enige verandering. Met name het temporele toepassingsgebied heeft wat voeten in de aarde, mede doordat het genoemde IT-systeem nog in ontwikkeling was ten tijde van de totstandkoming van beide herschikkingen. Daarvoor zij verwezen naar paragraaf 4.2.

4. Toepassingsgebied

4.1. Materieel en formeel toepassingsgebied

Wat het materieel toepassingsgebied van de BewijsVo 2020 en de BetVo 2020 betreft, vinden er vrijwel geen wijzigingen plaats. Alleen bij de BetVo 2020 lijkt er een kleine wijziging in het materieel toepassingsgebied te hebben plaatsgevonden. Deze wijziging ziet op het betekenen van stukken aan een gevolmachtigde vertegenwoordiger in de lidstaat waar de procedure plaatsvindt, ongeacht de woonplaats van de partij die wordt vertegenwoordigd. Een voorbeeld daarvan is de Nederlandse kantoorbetekening ex artikel 63 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Onder de 'oude' BetVo uit 2007 was dit niet met zoveel woorden uitgesloten van het toepassingsgebied, ook al wees de considerans (overweging 8) ervan wel in die richting. Het Hof van Justitie oordeelde reeds dat een systematische uitleg van de BetVo 2007 zou meebrengen dat dergelijke betekeningen zijn uitgesloten van de reikwijdte van de verordening.[11] De Hoge Raad oordeelde dan ook dat de kantoorbetekening van artikel 63 Rv niet binnen het materieel toepassingsgebied van de BetVo 2007 viel.[12] In artikel 1 lid 3 BetVo 2020 is dat momenteel uitdrukkelijk bepaald.

Wat het 'formeel' (geografisch) toepassingsgebied van beide verordeningen betreft, ziet deze logischerwijze op de samenwerking tussen de instanties van de lidstaten van de EU. Buiten de EU hebben de verordeningen dus geen werking, maar ook binnen de EU doet niet elke staat mee: zo hebben Ierland en (voorheen) het Verenigd Koninkrijk de mogelijkheid van een zogeheten 'opt-in' – in principe niet gebonden, tenzij anders aangegeven – en Denemarken de mogelijkheid van 'opt-out' – in principe wel gebonden, tenzij anders

5. Zie het e-Justitieportaal: e-justice.europa.eu/.
6. Zie ook R. Jansen, 'Explaining the methods for taking evidence abroad within the EU and some first observations on the proposal for the Evidence Regulation (recast)', *NIPR* 2019, afl. 4, p. 753-770, op p. 757-762.
7. Zie bijv. het Voorstel voor de BewijsVo 2020, COM(2018)378 def., p. 9, onder 'Artikel 6'.
8. Zie art. 27 en 28 van zowel de BewijsVo 2020 als de BetVo 2020.
9. Verordening (EU) 2022/850 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2022 betreffende een geautomatiseerd systeem voor de grensoverschrijdende elektronische gegevensuitwisseling op het gebied van justitiële samenwerking in civiele en strafzaken (e-Codex), en tot wijziging van Verordening 2018/1726 (*PbEU* 2022, L 150/1).
10. Overweging 7 van de considerans van Verordening (EU) 2022/850. Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 8 (onder B) (MvT).
11. HvJ EU 19 december 2012, C-325/11, ECLI:EU:C:2012:824, *RvdW* 2013/301 (*Alder*).
12. HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3078, *NJ* 2010/111, m.nt. P. Vlas (*Demerara/Karl Heinz Haus*).

aangegeven. Het Verenigd Koninkrijk nam in eerste instantie wel deel aan de Betekeningsverordening, maar maakt na de zogeheten Brexit niet langer deel uit van de EU.[13] Ierland heeft voor beide verordeningen gebruikgemaakt van de mogelijkheid van 'opt-in' en is dus wel gebonden aan beide verordeningen.[14] De positie van Denemarken is daarentegen complexer. Denemarken heeft in beide gevallen gebruikgemaakt van de zogenoemde 'opt-out' en is daardoor niet aan beide verordeningen gebonden.[15] Dat betekent dat deze verordeningen van toepassing zijn op alle lidstaten behalve Denemarken. Daarmee is de kous nog niet af, omdat Denemarken zich via een overeenkomst met de EU wel heeft verbonden de bepalingen van de BetVo 2007[16] toe te passen. Volgens artikel 3 lid 2 van die overeenkomst zal Denemarken bij elke wijziging van de verordening de Commissie in kennis stellen of de wijzigingen worden overgenomen. In dit geval heeft Denemarken inderdaad aangegeven de wijzigingen over te nemen, zodat de bepalingen van de BetVo 2020 via deze overeenkomst alsnog van toepassing zijn op Denemarken.[17] Voor de BewijsVo is geen vergelijkbare overeenkomst tussen Denemarken en de EU gesloten.[18]

4.2. Temporeel toepassingsgebied

Zowel de BetVo 2020 als de BewijsVo 2020 kent een systeem van uitgestelde werking; weliswaar zijn beide verordeningen op 22 december 2020 in werking getreden, maar ze zijn pas op een later tijdstip (1 juli 2022) van toepassing geworden. Ofschoon de beide herschikte verordeningen inmiddels (temporeel) van toepassing zijn, geldt dit niet voor de bepalingen die zien op het verzenden van verzoeken en kennisgevingen via het gedecentraliseerde IT-systeem. Dit systeem is immers nog niet geïmplementeerd en kan nog niet worden gebruikt voor dat doel. Enkele bepalingen van de herschikkingen zullen daarom eerst later van toepassing worden. Het gaat daarbij om de artikelen 5, 8 en 10 BetVo 2020 en artikel 7 BewijsVo 2020. Tot aan het tijdstip waarop die bepalingen wel van toepassing zijn, zou normaliter een 'lacune' in het regime van de BetVo en de BewijsVo ontstaan. Om dat tegen te gaan behouden de corresponderende bepalingen van de 'oude' verordeningen hun gelding,[19] ook al zijn die 'oude' verordeningen voor het overige ingetrokken.[20] Het resultaat is een 'legpuzzel' of 'mozaïek' van toepasselijke bepalingen uit de verordeningen. Het is de vraag of dat wel bijdraagt aan de doelstellingen van de verordeningen, namelijk om civiele procedures binnen de EU te faciliteren door deze doeltreffender te maken en sneller te laten verlopen.[21]

Deze 'legpuzzel' wordt complexer omdat de Nederlandse uitvoeringswetgeving bij de BetVo 2020 en de BewijsVo 2020 nog niet klaar is. Het wetsvoorstel tot invoering van een nieuwe Uitvoeringswet BetVo en het wetsvoorstel tot wijziging van de bestaande Uitvoeringswet BewijsVo zijn beide pas ingediend op 24 juni 2022 en bevinden zich bij het schrijven van deze bijdrage nog steeds in het proces van parlementaire behandeling.[22] De reden daarvoor laat zich niet gemakkelijk raden.[23] Mogelijk kan de ontwikkeling van een nieuw gedecentraliseerd IT-systeem daarbij een rol hebben gespeeld, maar daarentegen voert de EU zelf een tweesporenbeleid wat het temporeel toepassingsgebied van beide herschikkingen betreft. Noodzaak om te wachten met het maken van uitvoeringswetgeving voor dat deel van de herschikkingen dat wél van toepassing zou worden op 1 juli 2022, lijkt dan ook niet aanwezig.

Wanneer worden de hierboven genoemde 'uitgestelde' bepalingen uit de verordeningen dan wél van toepassing? Volgens artikel 35 lid 3 BewijsVo 2020 resp. artikel 37 lid 2 BetVo 2020 worden die bepalingen pas van toepassing op '(…) de eerste dag van de maand volgend op de periode van drie jaar na de datum van inwerkingtreding van de in artikel 25 [in beide Herschikkingen, auteur] bedoelde uitvoeringshandelingen'. Deze 'uitvoeringshandelingen' van de Europese Commissie zijn de op 14 maart 2022 vastgestelde uitvoerings-

13. Zie overweging 47 van de considerans van de BetVo 2020.
14. Zie overweging 37 van de considerans van de BewijsVo 2020 resp. overweging 47 van de BetVo 2020.
15. Zie overweging 28 van de BewijsVo 2020 resp. overweging 48 van de considerans van de BetVo 2020.
16. Besluit (2006/794/EG) van de Raad van 20 september 2005 betreffende de ondertekening, namens de Gemeenschap, van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken betreffende de betekening en de kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (*PbEG* 2005, L 300/53) (Overeenkomst als bijlage). De Overeenkomst is door de Raad goedgekeurd met Besluit 2006/326/EG (*PbEG* 2006, L 120/23).
17. Zie Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken betreffende de betekening en de kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (*PbEU* 2021, L 19/1).
18. Vgl. voor de BetVo 2007, M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht. Europees burgerlijk procesrecht voor de rechtspraktijk* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 8), Deventer: Kluwer 2013/5.2.1.
19. Daarbij gaat het om respectievelijk art. 6 BewijsVo 2001 en art. 4 en 6 BetVo 2007.
20. Respectievelijk art. 34 lid 1 BewijsVo 2020 en art. 36 lid 1 BetVo 2020.
21. Zie overweging 3 van de considerans van zowel de BewijsVo 2020 als de BetVo 2020.
22. Voorstel voor de Wijziging van de Uitvoeringswet EG-bewijsverordening ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 2020/1783 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken(bewijsverkrijging) (herschikking) (PbEU 2020, L 405/1) (Uitvoeringswet Bewijsverkrijgingsverordening), *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 2, resp. Voorstel voor de Uitvoering van de Verordening (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken) nr. 2020/1784 (PbEU 2020, L 405/40) (Uitvoeringswet Betekeningsverordening), *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, zoals gewijzigd door de Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6 (zie ook de brief van de Minister voor Rechtsbescherming i.v.m. de Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 5).
23. Zie ook de reactie van de leden van de VVD-fractie en de SP-fractie van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid Justitie, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 7, onder 1.

verordeningen voor zowel de BewijsVo 2020[24] als de BetVo 2020.[25] Ingevolge artikel 2 van beide uitvoeringsverordeningen zijn deze op 4 april 2022 in werking getreden.[26] Dat betekent dat pas op de eerste van de maand volgend op de periode van drie jaar na 4 april 2022 de BewijsVo 2020 en de BetVo 2020 volledig temporeel van toepassing zullen zijn, dus op 1 mei 2025.

Opvallend genoeg lijkt de Minister voor Rechtsbescherming in de memorie van toelichting bij de voorstellen van beide uitvoeringswetten[27] van mening te zijn dat de 'uitgestelde' bepalingen van beide herschikkingen al eerder van toepassing worden. Zo stelt hij in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Uitvoeringswet van de BetVo 2020:[28]

'De bepalingen over de aansluiting op het gedecentraliseerde IT-systeem (en het gebruik daarvan) worden van toepassing drie jaar na de vaststelling van uitvoeringshandelingen door de Europese Commissie op 14 maart 2022. Dat betekent dat de bepalingen op grond waarvan gedigitaliseerd wordt, op 14 maart 2025 in werking treden.'

Deze uitleg lijkt om twee redenen onjuist, nog afgezien van de onzuivere uitdrukkingswijze ('in werking treden').[29] Ten eerste wordt de datum van vaststelling van de uitvoeringshandelingen (14 maart 2022) verward met die van de inwerkingtreding (twintigste dag na de datum van publicatie). Ten tweede wordt over het hoofd gezien dat de toepasselijkheid van beide herschikkingen pas aanvangt op de 'eerste dag van de maand volgend op' het einde van de periode van drie jaar na inwerkingtreding van de genoemde Uitvoeringsverordeningen. Zonder verdere uitleg is het niet duidelijk waaraan de minister de door hem genoemde datum heeft ontleend.

5. Bewijsverordening 2020

De herschikking van de Bewijsverordening – of 'Bewijsverkrijgingsverordening' – brengt niet veel inhoudelijke veranderingen met zich.[30] Afgezien van de nieuwe bepaling inzake de verzending van verzoeken en mededelingen via het 'gedecentraliseerde IT-systeem' dat nog moet worden geïmplementeerd (art. 7 BewijsVo 2020), is de vernieuwing met name te vinden in de bepaling inzake de rechtstreekse bewijsverkrijging via videoconferentie of andere technologie voor communicatie op afstand (art. 20) en de bepaling inzake bewijsverkrijging door diplomatieke of consulaire ambtenaren (art. 21). Daarnaast heeft de EU-wetgever ook bij de Bewijsverordening de bewoordingen van veel bepalingen vereenvoudigd, met wisselend resultaat. Er verandert ook niets aan het 'aanvullend' of facultatief karakter van de BewijsVo, dat deze verordening blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie EU in principe heeft.[31] Op grond van die rechtspraak mogen nationale rechters in beginsel ook methoden van bewijsverkrijging hanteren die op het eigen recht (*lex fori*) zijn gebaseerd.[32] Zo mag de rechter een (deskundigen)onderzoek in een andere lidstaat gelasten, tenzij zo'n onderzoek invloed heeft op het openbaar gezag van die staat.[33]

5.1. Rechtstreekse bewijsverkrijging

Op hoofdlijnen is de bepaling inzake rechtstreekse bewijsverkrijging door het verzoekende gerecht – waarbij door of namens de verzoekende instantie bewijshandelingen op het grondgebied van een andere lidstaat worden verricht – inhoudelijk gezien gelijk gebleven. Daarbij geldt nog steeds de regel dat zulke rechtstreekse bewijsverkrijging alleen mogelijk is, indien deze vrijwillig en zonder dwangmaatregelen kan worden verricht.

Waar onder de 'oude' Bewijsverordening de instanties van de lidstaten nog werden aangemoedigd om gebruik te maken van communicatietechnologie, zoals video- of conferentietechnologie (art. 17 lid 4 in fine BewijsVo 2001), is die 'aanmoediging' in de nieuwe Bewijsverordening weggelaten. In plaats daarvan is een nieuw artikel gewijd aan het gebruik van videoconferenties of andere technologie voor communicatie op afstand (art. 20 BewijsVo 2020).[34] Deze bepaling schrijft voor dat wanneer de rechtstreekse bewijsverkrijging inhoudt dat iemand moet worden verhoord, dit verhoor met gebruikmaking van dergelijke technologie plaatsvindt. Daarbij geldt wel de voorwaarde dat deze technologie

24. Uitvoeringsverordening (EU) 2022/422 van de Commissie van 14 maart 2022 tot vaststelling van de technische specificaties, maatregelen en andere vereisten voor de implementatie van het gedecentraliseerde IT-systeem bedoeld in Verordening (EU) 2020/1783 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2022, L 87/5).
25. Uitvoeringsverordening (EU) 2022/423 van de Commissie van 14 maart 2022 tot vaststelling van de technische specificaties, maatregelen en andere vereisten voor de implementatie van het gedecentraliseerde IT-systeem bedoeld in Verordening (EU) 2020/1784 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2022, L 87/9).
26. Zij treden in werking op de twintigste dag na publicatie in het Publicatieblad en werden op 15 maart 2022 gepubliceerd.
27. *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 3, p. 9, resp. *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 7-8. Blijkbaar gaat ook de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid in haar verslag daarvan uit, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 5, onder 2.
28. *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 7-8 (MvT). Een vergelijkbare passage is te vinden in de MvT bij de Uitvoeringswet BewijsVo 2020, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 3, p. 9.
29. De bepalingen zijn als onderdeel van beide herschikkingen wel in werking getreden, namelijk op 22 december 2020, maar nog niet temporeel van toepassing geworden.
30. Wel worden meer formulieren gehanteerd dan onder de 'oude' BewijsVo (A t/m N).
31. HvJ EU 6 september 2012, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, *NJ* 2013/552 (m.nt. L. Strikwerda bij *NJ* 2013/554) (*Lippens e.a./Kortekaas e.a.*) resp. HvJ EU 21 februari 2013, C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87, *NJ* 2013/554, m.nt. L. Strikwerda (*ProRail BV/Xpedys e.a.*). Zie ook Asser/Vonken *10-I* 2018/197.
32. HvJ EU 6 september 2012, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, *NJ* 2013/552 (*Lippens e.a./Kortekaas e.a.*). Zie ook R. Jansen, 'Explaining the methods for taking evidence abroad within the EU and some first observations on the proposal for the Evidence Regulation (recast)', *NIPR* 2019, afl. 4, p. 753-770, op p. 766.
33. HvJ EU 21 februari 2013, C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87, *NJ* 2013/554, m.nt. L. Strikwerda (*ProRail BV/Xpedys e.a.*).
34. Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 3, p. 2-4 (MvT).

ook beschikbaar is en het gerecht van mening is dat het gebruik ervan in de specifieke omstandigheden van het geval wenselijk is. Hoewel de bewoordingen van deze bepalingen imperatief lijken te zijn, is het de vraag of dit zo dwingend is als het lijkt. Niet alleen lijkt er enigszins discretionaire beoordelingsvrijheid voor het verzoekende gerecht te bestaan ('het gerecht van mening is'), maar ook uit de reeds eerder aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU kan worden opgemaakt dat de BewijsVo voornamelijk van facultatieve aard is.[35]

In de huidige Uitvoeringswet BetVo wordt de rechtbank Den Haag ingevolge artikel 3 lid 3 BewijsVo 2001 aangewezen als 'bevoegde autoriteit' die over de verzoeken tot rechtstreekse bewijsverkrijging moet beslissen. Die bepaling wordt in het voorstel geschrapt en in plaats daarvan komt de taak om over dergelijke verzoeken te beslissen voortaan aan het centraal orgaan toe. Veel verschil maakt dat overigens niet, omdat de rechtbank Den Haag de rol van centraal orgaan van de Raad voor de rechtspraak zal overnemen, zodat die rechtbank bevoegd blijft om van dergelijke verzoeken kennis te nemen.[36]

5.2. Bewijsverkrijging door diplomatieke of consulaire ambtenaren

Verder bevat de BewijsVo 2020 een bijzondere bepaling over de bewijsverkrijging door diplomatieke of consulaire ambtenaren, hetgeen wordt geregeld in artikel 21. De 'oude' BewijsVo kende geen vergelijkbare bepaling. De reden voor het opnemen van zo'n bijzondere bepaling is geweest om deze vorm van bewijsverkrijging te vergemakkelijken.[37] De bepaling houdt in dat diplomatieke of consulaire ambtenaren van een lidstaat zelf bewijsverkrijgingen verrichten door onderdanen van die lidstaat te verhoren ten behoeve van een procedure in die lidstaat, mits dat op vrijwillige basis en zonder dwang gebeurt. Een extra voorwaarde is dat de bewijsverkrijging plaatsvindt in de gebouwen van de diplomatieke missie of het consulaat binnen het gebied waarvoor de betrokken ambtenaren zijn geaccrediteerd. Deze laatste toevoeging is voorgesteld in het Verslag van het Europees Parlement, waarmee werd beoogd aansluiting te zoeken bij het Weens Verdrag inzake diplomatiek verkeer 1961.[38] De bewijsverkrijging wordt verricht in overeenstemming met het recht van de lidstaat van de diplomatieke of consulaire ambtenaar.

6. Betekeningsverordening 2020

De herschikking van de BetVo heeft eveneens enkele wijzigingen met zich gebracht, die, afgezien van de nieuwe communicatiemethode via het IT-systeem, verder niet bijzonder essentieel zijn.[39]

6.1. Procedure Betekeningsverordening

Zoals hierboven ook al is aangegeven, wordt het wezen van het systeem onder de BetVo niet door de herschikking aangetast. Nog steeds dienen verzendende instanties in principe een afschrift of vertaling van het te betekenen stuk met bijbehorend verzoek naar de ontvangende instantie van de betreffende lidstaat te zenden, afgezien van de mogelijkheid van rechtstreekse betekening en van betekening over de post. In Nederland moeten in dagvaardingsprocedures de gerechtsdeurwaarders op deze wijze het te betekenen stuk verzenden, terwijl in verzoekschriftprocedures in beginsel de weg van betekening via de post zal worden gevolgd.[40] Vanwege de introductie van het gedecentraliseerde IT-systeem in de toekomst zal de wijziging erin bestaan dat de verzoeken die tot de ontvangende instanties worden gericht, via dat systeem zullen worden verstuurd.[41] Een alternatieve wijze van verzending is toegestaan, indien gebruikmaking van het IT-systeem niet mogelijk is wegens een storing of wegens uitzonderlijke omstandigheden, mits dat wel de snelste en geschiktste wijze van verzending is en de betrouwbaarheid en veiligheid gewaarborgd worden.

Voor de Nederlandse situatie zullen ook de regels van de Uitvoeringswet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met inachtneming van bovenstaande wijzigingen worden aangepast. Zo moeten gerechtsdeurwaarders en gerechten die van een alternatieve verzendingswijze conform artikel 5 lid 4 BetVo 2020 gebruikmaken, in de te verzenden stukken de reden daarvoor vermelden.[42] Een ander punt dat zal wijzigen, is dat de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) niet langer – naast de gerechtsdeurwaarders – als ontvangende instantie zal fungeren, hetgeen onder de 'oude' Uitvoeringwet wel het geval was.[43] Deze wijziging zal per 1 oktober 2022 ingaan. Vanaf dat tijdstip zal de KBvG niet langer als ontvangende instantie in de zin van de Betekeningsverordening gelden.[44]

35. HvJ EU 6 september 2012, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, *NJ* 2013/552 (*Lippens e.a./Kortekaas e.a.*) resp. HvJ EU 21 februari 2013, C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87, *NJ* 2013/554, m.nt. L. Strikwerda (*ProRail BV/Xpedyx e.a.*). Zie ook Asser/Vonken *10-I* 2018/197.
36. Art. I onder C Wetsvoorstel Uitvoeringswet BewijsVo, *Kamerstukken II* 2021/22, 36153, nr. 3, p. 2.
37. Overweging 24 van de BewijsVo 2020. Zie ook het Voorstel voor de Verordening, COM(2018)378 def., p. 9.
38. Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, 18 april 1961 (*Trb.* 1962, 101). Zie het Verslag van het Europees Parlement over het Voorstel, COM(2018)378 def., p. 25.
39. Ook bij de BetVo 2020 worden meer formulieren gehanteerd (A t/m L).
40. Art. 56 lid 2 Rv resp. art. 277 lid 1 Rv.
41. Art. 5 BetVo 2020.
42. Volgens art. 11 en 12 van het wetsvoorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, die art. 56 lid 2 Rv en art. 277 lid 2 Rv op dit punt zullen wijzigen.
43. Art. 2 lid 2 Uitvoeringswet BetVo 2007.
44. Art. XVII van de Wet van 22 augustus 2022 tot wijziging van enkele wetten op het gebied van Justitie en Veiligheid in verband met aanpassingen van overwegend technische aard (Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2022) (*Stb.* 2022, 345).

Het recht de betekening te weigeren als deze niet in een taal is gesteld die wordt begrepen door de partij die het stuk in ontvangst neemt, is door het Hof van Justitie uitgelegd als een uitvloeisel van de rechten van verdediging zoals beschermd door artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.[45] De verwijzing naar de bescherming van grondrechten in algemene zin is ook opgenomen in de nieuwe BetVo (art. 32).

6.2. Achterhalen adres

Voorts kent de BetVo 2020 een regeling voor het achterhalen van adresgegevens van degene aan wie het stuk moet worden betekend of ter kennis moet worden gegeven. Dit kunnen lidstaten op drie manieren doen: ofwel het aanwijzen van autoriteiten waar verzendende instanties verzoeken tot het verschaffen van informatie kunnen indienen, ofwel toestaan dat personen uit andere lidstaten rechtstreeks bij bevolkingsregisters of andere publiek toegankelijke databanken (op elektronische wijze) verzoeken indienen via een modelformulier, ofwel via het Europese e-justitieportaal informatie verstrekken over de wijze waarop adressen gevonden kunnen worden.[46] Blijkens het wetsvoorstel voor de Uitvoeringswet BetVo heeft Nederland voor de eerste optie gekozen: bevoegde autoriteit is de gerechtsdeurwaarder aan wie de te betekenen of in kennis te geven stukken worden verzonden, die deze in het BRP kan nagaan.[47] De gerechtsdeurwaarder kan in dat geval een voorschot in rekening brengen voor de kosten van betekening voordat hij bijstand verleent.[48] Dit zal met name het geval zijn bij een uitgebreide 'opdracht'; er wordt namelijk van uitgegaan dat in navolging van een verzoek om adresgegevens in beginsel steeds een opdracht tot betekening zal volgen.[49] De KBvG heeft aangegeven dat dergelijke verzoeken in beginsel binnen twee werkdagen door gerechtsdeurwaarders zullen worden behandeld.[50] In geval van rechtstreekse betekening in de zin van artikel 18 BetVo 2020 – betekening via de post – is de rechtbank Den Haag de aangewezen autoriteit.[51] Bij de verwerking van persoonsgegevens moet overigens rekening worden gehouden met de bepalingen van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).[52] De bevoegde autoriteiten worden daarom als verwerkingsverantwoordelijken in de zin van de AVG aangemerkt.[53]

6.3. Niet verschijnen verweerder en weigeren stuk

De BetVo 2020 kent, net als haar voorganger, een regeling voor de niet-verschenen verweerder. In beginsel moet de rechter volgens artikel 22 BetVo 2020 zijn beslissing aanhouden indien een verweerder niet is verschenen. Een lidstaat kan aangeven dat de rechter de zaak alsnog mag voortzetten, indien (a) het stuk is verzonden op een van de wijzen als geregeld in de verordening, (b) sinds de verzending een termijn is verlopen die de rechter voldoende acht en die minimaal zes maanden bedraagt, en (c) hoewel bij de aangezochte instanties elke redelijke inspanning is verricht, geen enkel certificaat werd ontvangen (art. 22 lid 2 BetVo 2020). De Nederlandse wetgever heeft hiervan gebruikgemaakt in het Voorstel voor de Uitvoeringswet en daarbij de gronden uit artikel 22 lid 2 BetVo 2020 overgenomen.[54] De rechter kan verstek weigeren indien geen certificaat is ontvangen en niet aan de vereisten van lid 1 is voldaan, indien hij daartoe gronden aanwezig acht (art. 9 lid 2 wetsvoorstel Uitvoeringswet BetVo 2020).

7. Taal van verzoeken en kennisgevingen

Volgens het voorstel voor de Uitvoeringswet BetVo 2020 mogen verzoeken en kennisgevingen die worden ingediend bij de Nederlandse instanties worden gesteld in de Engelse en de Duitse taal.[55] Dit is een verschil met de huidige uitvoeringwet, die alleen het Engels noemt als vreemde taal waarin de verzoeken en kennisgevingen gesteld mogen worden.[56] Het is niet duidelijk wat er gebeurt met in het Duits gestelde verzoeken die in de periode tussen 1 juli 2022 – waarop de nieuwe verordening van toepassing is – en de datum van inwerkingtreding van de nieuwe Uitvoeringswet BetVo zijn binnengekomen. Bij gebruikmaking van een anticiperende wetsuitleg, mede in aanmerking genomen dat de Nederlandse wetgever vrij laat is met het maken van de uitvoeringswet én de aan de BetVo ten grondslag liggende gedachte om procedures te verbeteren en te versnellen,[57] lijkt het verdedigbaar om de behandeling van dergelijke verzoeken niet vanwege het taalvereiste te weigeren.

---

45. Zie HvJ EU 6 september 2018, C-21/17, ECLI:EU:C:2018:675, r.o. 33, *RvdW* 2019/348 (*Catlin Europe SE*).
46. Art. 7 lid 1 BetVo 2020.
47. Art. 5 wetsvoorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, resp. art. I onder E (art. 4a) Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6. Zie ook de MvT, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 9 (onder E).
48. Art. 5 wetsvoorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, resp. art. I onder E (art. 4a) Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6.
49. *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 9 (onder E) (MvT).
50. *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 3, p. 9 (onder E) (MvT).
51. Art. 5 lid 2 wetsvoorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, resp. art. I onder E (art. 4a) Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6.
52. Verordening (EU) 2016/679 (*PbEU* 2016, L 119/1). Zie art. 31 lid 1 BetVo 2020.
53. Art. 31 lid 2 BetVo 2020.
54. Art. 9 Voorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, resp. art. I onder I (art. 7) Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6.
55. Art. 4 Voorstel Uitvoeringswet BetVo 2020, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 2, resp. art. I onder D (art. 4) Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2021/22, 36152, nr. 6.
56. Art. 4 Uitvoeringswet BetVo 2007. Anders blijkbaar Freudenthal 2013/4.2.5.4, die in het kader van de Uitvoeringswet BetVo 2007 stelt dat ook formulieren worden aanvaard die in de Franse of Duitse taal zijn gesteld.
57. Overweging 3 van de considerans van de BetVo 2020.

De situatie is onder de Uitvoeringswet van de Bewijsverordening enigszins anders. Onder de huidige Uitvoeringswet is alleen het Engels geaccepteerd als vreemde taal waarin verzoeken en kennisgevingen mogen worden gesteld. De gedachte is dat het communiceren in één taal de vertaalkosten zal drukken.[58]

8. Conclusie

De herschikking van de Betekeningsverordening 2007 en de Bewijsverordening 2001 heeft voornamelijk het oog gehad op de implementatie van een gedecentraliseerd IT-systeem voor het verzenden van verzoeken en kennisgevingen tussen de instanties van de lidstaten. Voor de praktijk brengt dat op dit moment nog weinig veranderingen teweeg; de verzending van verzoeken en kennisgevingen zal *de facto* nog steeds op de oude voet doorgaan, in ieder geval tot 1 mei 2025. Intussen zijn de overige bepalingen van de herschikte verordeningen wél toepasselijk geworden. Ook daar vindt weinig verandering plaats wat het wezen van de procedure betreft. Wel worden verdergaande mogelijkheden tot bewijsverkrijging geopend, bijvoorbeeld door rechtstreekse videoconferenties of met behulp van diplomatieke of consulaire ambtenaren. Op het gebied van de betekening vinden de belangrijkste wijzigingen plaats met het oog op de invoering van het IT-systeem, terwijl voorts de mogelijkheid is geopend adresgegevens te verkrijgen van degene aan wie moet worden betekend. Het is de vraag of het complexe overgangsregime – en de daarbij behorende 'legpuzzel' van toepasselijke bepalingen – wel werkbaar zal zijn, nu ook de minister zich op dat punt lijkt te vergissen. Dit probleem wordt nog eens versterkt door de omstandigheid dat de daarbij behorende Uitvoeringswetten nog niet zijn vastgesteld.

58. Zie voor de 'oude' BetVo' Freudenthal 2013/5.2.3.2.

Ter gelegenheid van haar benoeming als hoogleraar Rechtspraak aan de Universiteit Utrecht sprak mr. K.G.F. van der Kraats in maart 2022 haar oratie *Het civiele procesrecht als struikelblok*, over de rechtsbescherming van mensen zonder juridische kennis uit. In de oratie formuleert zij voorstellen om de weg te effenen en de kwaliteit van de civiele procedure specifiek voor mensen zonder juridische kennis te verbeteren, zodat zij eenvoudiger hun recht kunnen halen en effectieve rechtsbescherming kunnen genieten. De redactie heeft haar ideeën voorgelegd aan een wetenschapper en een hogerberoepsrechter.

K.G.F. van der Kraats, *Het civiele procesrecht als struikelblok. Over de rechtsbescherming van mensen zonder juridische kennis*, Den Haag: Boom juridisch 2022, 50 pagina's, ISBN 978-94-6212-6718, € 27,50

1. Inleiding

In deze oratie breekt Kim van der Kraats een lans voor de herwaardering van rechtsbescherming als hoofddoel van het procesrecht. Zij vraagt hierbij aandacht voor de groep justitiabelen zonder juridische kennis, zonder de kennis en vaardigheden om zich ervan op de hoogte te stellen wat in een procedure van hen wordt verwacht, en/of zonder de kennis en financiële mogelijkheden om daarvoor (goede) professionele hulp in te winnen. Zo betoogt Van der Kraats dat een gebrek aan kennis van de spelregels van het civiele proces op zichzelf voor deze groep een belangrijk struikelblok vormt.

Aan de hand van een overzichtelijk 'wat, wie en hoe?' wordt in deze oratie de relatie tussen een gebrek aan kennis en het verloop en de uitkomsten van procedures uiteengezet, wordt geanalyseerd waar de belangrijkste pijnpunten zitten in het geval van procespartijen zonder juridische kennis, en komt Van der Kraats tot een aantal voorstellen ter verbetering van de rechtsbescherming van deze zogenoemde 'doe-het-zelvers' wanneer zij het in de rechtszaal opnemen tegen zogenoemde *repeat players*.

2. Rechtsbescherming als doel van het procesrecht

Na de bespreking van zes in de literatuur geïdentificeerde doelen (rechtsbescherming of rechtsverschaffing, geschilbeslechting, belangenbehartiging, het tegengaan van eigenrichting, rechtsvorming en rechtseenheid, en bedreiging) betoogt Van der Kraats dat rechtsbescherming (of rechtsverschaffing) het belangrijkste, zo niet het enige doel is van het procesrecht. De kwaliteit van het civiele procesrecht laat zich hierbij volgens Van der Kraats afmeten

'aan de mate waarin het procesrecht toegankelijk, openbaar en eerlijk is en binnen een redelijke termijn partijen van een oordeel voorziet, waarbij partijen gehoord worden en geborgd wordt dat zij gelijke wapenen in handen hebben, onder leiding van een rechter die onafhankelijk, onpartijdig en deskundig is, de feiten zo veel mogelijk op de waarheid baseert en zijn beslissing voorziet van een daadkrachtige motivering'.[1]

Op basis van deze definitie en een analyse van de belangrijkste struikelblokken voor niet-vertegenwoordigde rechtzoekenden doet Van der Kraats vijf voorstellen die zien op verbetering op het vlak van vier door haar geïdentificeerde kwaliteitsaspecten van het civiele procesrecht, te weten: interne toegankelijkheid, gehoord worden, gelijke wapenen en waarheidsvinding.
Ten eerste stelt zij voor de interne toegankelijkheid te vergroten door de vorderingsprocedure te vergemakkelijken en wettelijk vast te leggen dat mensen zonder rechtsbijstand via brief, e-mail of door het verschijnen op een speciale rolzitting (spreekuur) een procedure kunnen starten. Omdat in de huidige praktijk veel zaken worden beslist op grond van het niet voldoen aan de stelplicht (art. 149 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) en (in mindere mate) de bewijsaandraagplicht (art. 128 lid 5 Rv) is het tweede voorstel om de rechter te beperken in de ruimte om deze artikelen toe te passen in het geval van niet-vertegenwoordigde partijen. Ten derde zou in elke zaak waarbij een partij zonder rechtsbijstand betrokken is een mondelinge behandeling de standaard moeten worden. Ten vierde stelt Van der Kraats een verruiming voor van de plicht tot ambtshalve toetsing, zoals deze al bestaat in het consumentenrecht, door de rechter in geval van een partij zonder rechtsbijstand bijvoorbeeld ook te laten toetsen op verjaring of een ingebrekestelling. En hieraan gerelateerd volgt ten vijfde een voorstel tot verruiming van artikelen 24 en 25 Rv zodat de rechter zelf rechtsgronden ter sprake kan brengen, ook in het geval dat niet direct in het verlengde ligt van het partijdebat.

3. Herijking van de rol van de rechter

In de praktijk komt het erop neer dat partijen zonder bijstand van een rechtshulpverlener er in belangrijke mate afhankelijk van zijn in hoeverre een rechter een actieve rol aanneemt. In feite vragen de voorstellen om een herwaardering en herijking van de rol die de rechter speelt in het civiele proces, waarbij de laatste twee voorstellen voorzien in expliciete maatregelen die een actievere en zelfs helpende rechter tot de norm te maken. Het dwingen van de rechter tot een inquisitoire houding, het beperken van de mogelijkheden tot het eenvoudig afdoen van zaken op formele procesvereisten, het verruimen van mogelijkheden tot ambtshalve toetsing en het aanvullen van rechtsgronden geven invulling aan een rol van de rechter die in de praktijk een ongelijkheidscompenserende uitwerking zal hebben. Zo zal het wettelijk vastleggen dat de rechter in het geval van partijen zonder juridische kennis een stelling pas mag afdoen als onvoldoende onderbouwd of gemotiveerd nadat hij om deze onderbouwing heeft gevraagd, en hij bovendien nadrukkelijk dient te vra-

gen naar de aanwezigheid van specifiek bewijs, kunnen voorkomen dat niet-vertegenwoordigde partijen het slachtoffer worden van hun gebrek aan kennis van formele procesvereisten.

Terecht benadrukt Van der Kraats ook het belang van een mondelinge behandeling in het geval van niet-vertegenwoordigde partijen. Zoals gesteld is praten *tegen* de rechter (in schriftelijke stukken) immers iets anders dan praten *met* de rechter (op een zitting). De zitting is een belangrijk deel van een procedure waar de aspecten van de procedure die nadelig uitpakken voor niet-vertegenwoordigde partijen (deels) kunnen worden ondervangen, of waar zaken die voor partijen onduidelijk blijken te zijn kunnen worden toegelicht. In dat opzicht kan de mondelinge behandeling een positieve bijdrage leveren aan zowel gelijke wapenen, het gehoord worden, als aan de waarheidsvinding. Mijn eigen onderzoek naar de wijze waarop kantonrechters omgaan met *doe-het-zelvers* in de rechtszaal onderschrijft het belang van de contactmomenten met de rechter.[2] Kantonrechters zetten zich tijdens de rolzitting en mondelinge behandeling in om het contactmoment met niet-vertegenwoordigde partijen maximaal te benutten. Zij benadrukken hier zelf bij hoe belangrijk deze momenten kunnen zijn voor het boven tafel krijgen van alle informatie die nodig is voor het komen tot een rechtvaardig oordeel.

Een bijkomend voordeel van het centraal stellen van de mondelinge behandeling, en het dus fysiek aanwezig zijn van met name rechtzoekenden met schuldproblematiek, is de mogelijkheid die bestaat (en in sommige rechtbanken al wordt benut[3]) om ter plaatse gedaagde in incassozaken (maar ook huurgeschillen enz.) in contact te brengen met instanties als schuldhulpverlening of andere ondersteuning bij financiële problemen. Zo kan het contact met rechtzoekenden niet alleen winst geven in het kader van rechtsbescherming als doel van het civiele procesrecht, maar ook bijdragen aan duurzame oplossingen voor aanhoudende problematiek.

4. Een sociaalwetenschappelijke basis

Het vraagstuk van ongelijkheid voor de rechter is van alle tijden, maar heeft onder invloed van de recente toeslagenaffaire, en de kritiek op de rol die rechtspraak hierbij speelde, aan belang gewonnen. Ook de verscheidenheid aan experimenten zoals de vereenvoudiging en deformalisering van het procesrecht en de verschillende vormen van buurtrechtspraak getuigen van erkenning van een behoefte alsook aandacht voor het probleem. Waar experimenten in het kader van *Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak* zich vaak richten op geschillen tussen *one shotters* onderling, richt Van der Kraats zich terecht op de situatie waarbij zwakke tegenover sterke partijen staan, in zaken die snel worden afgedaan via een grotendeels gestandaardiseerd proces, met minimale tussenkomst van de rechter en veelal een (gedeeltelijke) standaardmotivering.

Vooralsnog is de kantonrechter de belangrijkste ingang tot het civiele recht voor onvertegenwoordigde partijen in geschillen met *repeat players*. Bovendien zien we een uitbreiding van de groep potentiële *doe-het-zelvers* na de competentiegrensverhoging in 2011. Er bestaat dan ook geen twijfel dat Van der Kraats een pijnpunt in de rechtspleging identificeert en adresseert, ongetwijfeld mede ingegeven door de praktijkervaring die zij de afgelopen jaren opdeed als kantonrechter.

Het door Van der Kraats aangekaarte probleem van het procesrecht zelf als struikelblok voor partijen zonder juridische kennis en zonder de mogelijkheden tot het inschakelen van juridische bijstand is gestoeld op een ruime hoeveelheid sociaalwetenschappelijk onderzoek. In de lange geschiedenis van onderzoek naar de toegankelijkheid van het recht en het probleem van ongelijkheid van partijen wordt vaak gekeken naar kostenverlaging van juridische bijstand, verbreding van het aanbod in juridische bijstandsmogelijkheden en ook naar mogelijke oplossingen. Minder vaak is er aandacht voor maatregelen die de (veelal dure) rechtsbijstand overbodig maken door dejuridisering en vereenvoudiging van procedurele vereisten. Meer recent is er, met name vanuit de landen met een *common law* systeem,[4] meer aandacht in onderzoek naar de invloed van de praktische en procedurele barrières die *doe-het-zelvers* ondervinden.

Bij alle pogingen tot verbetering van de positie van rechtzoekenden zonder de benodigde kennis is het belangrijk om in het oog te houden dat regels die bedoeld zijn om de rechtbanken toegankelijker te maken, ook het tegenovergestelde effect kunnen hebben. Hierbij valt te denken aan Amerikaanse voorbeelden[5] waarbij schuldeisers en hun advocaten de versoepelde indieningsvereisten en bewijsregels van *small claims courts* gebruiken om vermeende schuldenaars *en masse* aan te klagen en gemakkelijker vonnissen te verkrijgen tegen niet-vertegenwoordigde mensen in de rechtbank, zonder dat ze zinvolle procedurele of bewijsrechtelijke hindernissen hoeven te nemen. Van der Kraats' voorstellen zouden dit mogelijk perverse effect ondervangen door aanpassingen te doen die exclusief gelden voor niet-vertegenwoordigde justitiabelen, en daarmee de inherente ongelijkheid terechte aandacht geven.

De voorstellen die door Van der Kraats worden gedaan zouden dan ook, met name gezien de veelvuldig geïdentificeerde cruciale rol die is weggelegd voor de rechter in het wegnemen van ongelijkheid die kan voortkomen uit een gebrek aan kennis van de spelregels van het civiele proces, een belangrijke stap kunnen betekenen in de bevordering van de rechtsbescherming. Van der Kraats' betoog is hopelijk een aanzet voor een bredere discussie over dit onderwerp.

5. Tot slot

Kim van der Kraats schreef een belangwekkend proefschrift over de (eigen)aardigheid van de kantonrechter,[6] was zelf teamvoorzitter van het team handel en kanton in de rechtbank Overijssel en volgt Rick

Verschoof op als hoogleraar Rechtspraak aan de Universiteit Utrecht. Buiten kijf staat dat met haar aanstelling de wetenschappelijke en praktische aandacht voor dit thema in goede handen is, getuige ook de eerste aio die onder haar hoede onderzoek zal gaan verrichten naar het vergroten van mogelijkheden om het vertrouwen in de rechtspraak onder kwetsbare groepen in de samenleving te vergroten.

*J. Hoevenaars**

1. Zie Oratie Van der Kraats, p. 25.
2. J. Hoevenaars, 'Tussen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie: hoe kantonrechters omgaan met niet-vertegenwoordigde partijen', *RdW* 2021/2, p. 16-40.
3. Zie bijvoorbeeld 'Project Schuldenaanpak' van de rechtbank Gelderland.
4. Deze landen kennen een vrijwel absoluut recht op zelfvertegenwoordiging en (na drastische afnames in gesubsidieerde rechtsbijstand) een omvangrijke groep justitiabelen die onvertegenwoordigd in de rechtbanken verschijnt.
5. Zie bijvoorbeeld hrw.org/report/2016/01/20/rubber-stamp-justice/us-courts-debt-buying-corporations-and-poor.
6. K.G.F. der Kraats, *De eigen(aardig)heid van de kantonrechter. Over de verschillen tussen het proces(verloop) bij de kantonrechter en de civiele rechter en de betekenis daarvan* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2017.

* Dr. J. (Jos) Hoevenaars is postdoctoraal onderzoeker aan de Erasmus School of Law & Raad voor de rechtspraak.

'Te doen gerechtigheid': bespiegelingen bij de oratie van mr. K. van der Kraats[1]

1. De 'homo ludens'

Ik mag graag in goed gezelschap een spelletje spelen. Wat ooit begon met Mens-Erger-Je-Niet en Monopoly heeft zich ontwikkeld tot een hobby waarin steeds complexere simulaties langskomen. De spelregelboekjes hebben zich dienovereenkomstig ontwikkeld: van een enkel velletje tot complete handleidingen. Maar het grootste spel dat je kunt spelen is het leven zelf. De mens als speler in het leven, de *homo ludens*, waarover Huizinga in 1938 al schreef. Hij legt daarin ook een verband tussen de rechtspraak en het spel:

'De mogelijkheid van verwantschap tusschen recht en spel wordt ons duidelijk, zoodra wij opmerken, dat aan de praktijk van het recht, m. a. w. aan het rechtsgeding, wat ook de ideëele grondslagen van het recht mogen zijn, het karakter van wedstrijd in hooge mate eigen is.[3]
(…)
In de procedure voor den rechter is het te allen tijde en onder alle omstandigheden zoo zeer, zoo hevig, ja zoo uitsluitend om het winnen te doen, dat het agonale moment er geen oogenblik kan worden uitgeschakeld. Daarbij plaatst het stelsel van beperkende regels, dat dien kamp steeds beheerscht, hem formeel geheel en al in het kader van een wel geordend antithetisch spel.'[4]

In het maatschappelijk spel heb ik gedurende inmiddels zo'n 35 jaar in de eerste lijn als scheidsrechter mogen optreden, binnen en buiten de rechtspraak, en de laatste acht jaar in de tweede lijn, als VAR zullen we maar zeggen. Het navolgende berust op de ervaringen die ik uit dien hoofde heb opgedaan.

Waar mr. Van der Kraats signaleert dat een gebrek aan kennis bij kwetsbaren en in gevallen van kennisongelijkheid een drempel opwerpt voor een effectieve rechtsbescherming,[5] kan ik het een heel eind met haar eens zijn. Overigens speelt dit probleem, zo is mijn ervaring, niet alleen in die gevallen waarin een partij zonder rechtshulp procedeert. Maar al te vaak moet ik helaas vaststellen dat ook rechtshulpverleners steken laten vallen in het bijstaan van hun cliënten.

Het werk van een civiel geschilbeslechter[6] bestaat – kort gezegd – uit het vaststellen van de feiten, het spiegelen van die feiten aan het recht en vervolgens beslissen op hetgeen de eisende of appellerende partij wenst. Partijen bepalen waar het geding over gaat. Zij nemen een standpunt in dat moet berusten op een grondslag, die onderbouwd wordt met feiten die deze grondslag kunnen dragen. Het is de taak van de rechtshulpverlener om in een door een cliënt aangevoerd feitelijk verhaal onderscheid te maken tussen relevante en niet-relevante feiten en omstandigheden en de relevante feiten te vertalen naar een juridisch betoog, waarin de grondslag wordt aangevoerd voor het verlangde (of dat nu toe- of afwijzen is) en die grondslag wordt onderbouwd met de feiten die daarvoor relevant zijn. Hiermee bepalen partijen de omvang van de rechtsstrijd. De rechter oordeelt daarbinnen over hetgeen partijen aldus aan hem of haar hebben voorgelegd, volgens de regels die de procedure beheersen.

2. Het 'struikelblok'

'Kennis is macht', is het aloude gezegde.[7] Dat geldt ook in 'de kamp' waarin het keihard gaat om winnen. Wie de buitenspelregel niet begrijpt, zal menig doelpunt afgekeurd zien worden. Het procesrecht maakt echter voor wat betreft de toepasselijke spelregels geen onderscheid tussen partijen met en partijen zonder rechtsbijstand. In een geding waarin een der partijen rechtsbijstand ontvangt, zal de balans voor wat betreft de juridische kennis snel doorslaan in het voordeel van de partij die deze bijstand wel heeft. Maar zit het 'struikelblok' daarom in het procesrecht op zich? Ik meen dat dat niet het geval is. Dat procesrecht bepaalt immers ook dat elke partij zich mag laten bijstaan door een rechtshulpverlener, ongeacht rang, stand, vermogen of afhankelijkheid. Het struikelblok zit hem in een onbalans in kennis. Het procesrecht geldt voor alle betrokken partijen in gelijke mate. Waar een partij een gebrek aan kennis heeft, biedt het procesrecht hem of haar alle ruimte om die leemte te vullen met hulp van buiten.

Tot zover de theorie. In de praktijk zal met name een verschil in financiële draagkracht en/of een disproportionele verhouding tussen kosten en baten eraan in de weg staan dat een partij door het inschakelen van rechtshulp de kennisbalans tussen hem en de wederpartij kan herstellen. Niet het procesrecht vormt een struikelblok voor een effectieve toegang tot de rechter

en een effectieve rechtshulpverlening, maar de daarmee gemoeide kosten.[8] Wanneer de kennisbalans tussen partijen door het ontbreken van adequate rechtshulp te zeer uit balans raakt, ligt een oplossing langs twee richtingen voor de hand.

In de eerste plaats kan een financieel zwakkere partij tegemoetgekomen worden in de kosten voor het voeren van een procedure en de daarbij benodigde rechtsbijstand, hetzij van rijkswege, hetzij door een verzekeraar. Van rijkswege wordt hierin ook voorzien via de Wet op de rechtsbijstand, maar de geldende inkomensgrens maakt dat deze lang niet in alle gevallen soelaas biedt. De ooit zo actieve sociale advocatuur is verdrongen naar de periferie, omdat het nauwelijks nog mogelijk is om een praktijk te onderhouden louter op basis van gefinancierde rechtshulp. Het voert mij in dit kader te ver om uitgebreid in te gaan op de mogelijkheden die de gefinancierde rechtshulp biedt of op de mogelijkheden die rechtsbijstandsverzekeraars bieden. De meest voor de hand liggende oplossing om een verstoorde kennisbalans te herstellen is volgens mij het terugdringen van de kosten die gemoeid zijn met het verkrijgen van rechtsbijstand. Maar zo lang de overheid de hand op de knip houdt en het verlenen van rechtshulp een vrij beroep is, zie ik dit zo snel niet gebeuren.

3. Hoe anders?

In vele procedures met een beperkt financieel belang zullen partijen, meestal de verweerders, dus zonder rechtsbijstand blijven procederen. Een onevenwichtige mate van kennis kan dan worden hersteld door het belang van kennis te verminderen (waardoor het voordeel van meer kennis afneemt). Een poging daartoe is in 2013/2014 gedaan door de ontwikkeling van 'eKanton', een simpele procedure met een eenvoudige, informele digitale proces(in)gang. De andere optie is het actief, door de rechter, bijdragen aan de mate van kennis aan de zijde van de partij ten nadele van wie de balans doorslaat, met name door de regiefunctie van de rechter uit te breiden.

In de praktijk van de Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) werkt dat al jaren zo. Een klacht kan worden ingediend door het invullen van een vragenformulier op de site van de SGC, waarna het secretariaat de verwerende partij, meestal de ondernemer, op de hoogte stelt van de klacht en verzoekt om daarop verweer te voeren. Dat werkt niet veel anders dan (wie herinnert het zich nog) het oude dagvaardingsformulier dat ter griffie van het kantongerecht verkrijgbaar was. Een medewerker op het secretariaat beoordeelt daarna de bevoegdheid en de aanwezigheid van minimaal vereiste stukken (overeenkomst, facturen, kentekenbewijzen, enz.). Zo nodig verzoekt het secretariaat de desbetreffende partij om de verlangde bescheiden alsnog aan het dossier toe te voegen. In geschillen waar de discussie zich toespitst op de kwaliteit van geleverd werk of een product wordt vervolgens, zo nodig, een deskundige verzocht te rapporteren over bestaan, ernst en oorzaak van de klacht en een eventueel herstel van geconstateerde gebreken. Partijen krijgen de gelegenheid om daarop te reageren.

Vervolgens wordt een zitting bepaald, bij gelegenheid waarvan de commissie met partijen in debat gaat over de vraag wat – zowel in feitelijke als in juridische zin – nu precies de kern van het geschil is. De commissie is daarin niet beperkt tot hetgeen partijen eerder hebben aangevoerd, maar gaat actief op zoek naar die informatie die voor een goed oordeel benodigd is en bespreekt zo nodig de bewijspositie van partijen. Daarmee is het belang van kennis omtrent de regels van het spel (zoals bijvoorbeeld het bewijsrecht) sterk teruggedrongen en concentreert het debat zich niet op de vraag hoe het spel verder gespeeld moet worden, maar op de vraag hoe de knikkers verdeeld moeten worden. Op die manier worden door de verschillende commissies van de SGC jaarlijks tussen de 5.500 en 6.000 inhoudelijke geschillen beslecht.[9]

Voor een andere laagdrempelige procedure voor kleine vorderingen verwijs ik naar het Verenigd Koninkrijk: het 'Small Claims Court'.[10] Ook deze procedure biedt de rechtzoekende zelf alle gelegenheid om, ondersteund met een uitvoerige handleiding[11] en zo nodig een helpdesk, stap voor stap zelf een vordering aan de rechter voor te leggen. Het ontwikkelen van een simpele 'beslisboom' kan daarbij helpen om structuur aan te brengen in het document.

4. Tot slot

Bij de voorstellen van mr. Van der Kraats vallen nog wel wat opmerkingen te maken. Zo laat zij buiten beschouwing dat het gros van de handelszaken met een belang van minder dan € 25.000 (in 2021 zo'n 252.000 zaken[12]) incassozaken betreft waarin geen verweer wordt gevoerd. De reden daarvoor is doorgaans gewoon het feit dat een verweerder niet kan betalen en wel weet dat dit geen grond oplevert om een vordering af te wijzen. Het gaat de capaciteit van de rechtspraak te buiten om in al die zaken zittingen te gaan gelasten. De vraag laat zich verder stellen of het strikt noodzakelijk is om met bijna absolute zekerheid te weten dat een inleidend processtuk de verweerder heeft bereikt. Als compensatie voor een eenvoudigere (en goedkopere) wijze van oproepen van de verweerder zou in verstekzaken een ruimhartiger verzetprocedure kunnen worden ontwikkeld.
Verder ben ik een voorstander van een verregaande delegatie van taken aan niet-rechterlijk personeel van de rechtspraak (de juridisch ondersteuners). Nu vervullen zij al een rol als poortwachter en zij kunnen beoordelen of een eisende partij (ook gelet op die ambtshalve te toetsen punten[13]) in voldoende mate aan een substantiëringsplicht heeft voldaan. Mocht dat niet zo zijn, dan zouden zij aanvullende informatie moeten kunnen opvragen.

Een dejuridisering en deformalisering van de procedure draagt bij aan meer betrokkenheid van partijen zelf bij het proces en daarmee, mogelijk, ook aan acceptatie van/berusting in de beslissing. Wanneer een gebrekkige

onderbouwing ter zitting wordt besproken, kan dat leiden tot acceptatie van het feit dat een partij zijn of haar gelijk nu eenmaal niet kan aantonen. Of het kan aanleiding vormen om een onderbouwing aan te (laten) vullen, waarmee de noodzaak van een hoger beroep om dit te herstellen kan worden ondervangen. Het zal leiden tot minder beslissingen op formele gronden (het gevreesde 'onvoldoende gesteld') waarbij het materieel geschilpunt onbeslist blijft.

Een procedure zoals voorgesteld door mr. Van der Kraats heeft, anders dan door Huizinga gesignaleerd, niet langer het karakter van een 'kamp', van een wedstrijd, waarin het enige doel is uiteindelijk een winnaar uit te roepen. Zo'n procedure heeft meer weg van een debat tussen gelijkwaardige partijen die er niet op uit zouden moeten zijn om een wedstrijd te winnen, maar samen met de rechter zouden moeten zoeken naar een uitweg uit de *escape room* van hun geschil. In die zoektocht verleent een actieve rechter evenzeer hulp aan beide partijen als hun rechtsbijstandverleners en compenseert hij daarmee de disbalans in kennis tussen een partij met en een partij zonder rechtsbijstand. De rol van een rechtshulpverlener (en de voorsprong die zijn of haar kennis aan één partij geeft) wordt daarmee weer teruggebracht tot wat die volgens mij zou moeten zijn: een adviseur en hulpverlener voor zijn of haar cliënt én voor de rechter, in plaats van een sturende, en daarmee vaak ook storende, factor in de zoektocht naar gerechtigheid.

*R.J.M. Cremers**

---

1. 'Te doen gerechtigheid': lijfspreuk van Dennis Hendrikx, abt van de Abdij van Berne, aangenomen bij aanvaarding van zijn ambt.
2. 'Te doen gerechtigheid': lijfspreuk van Dennis Hendrikx, abt van de Abdij van Berne, aangenomen bij aanvaarding van zijn ambt.
3. J. Huizinga, *Homo ludens*, Haarlem: Tjeenk Willink 1938, p. 111.
4. Huizinga 1938, p. 116.
5. Oratie Van der Kraats, p. 23.
6. Dat geldt voor de civiele rechter evenzeer als voor een bindend adviseur in een geschillencommissie.
7. 'Scientia potentia est', toegeschreven aan sir Francis Bacon of zijn leerling, Thomas Hobbes.
8. En niet alleen voor verweerders. Zo kon e-Court gaan floreren toen de griffierechten voor kleinere kantonvorderingen dusdanig werden verhoogd dat het proceskostenbelang het incassobelang van kleine vorderingen ging overtreffen en institutionele incassopartijen voor een goedkopere oplossing gingen kiezen.
9. Bron: jaarverslag 2021 van de SGC. In 2020 zijn 5.943 zaken behandeld, in 2021 5.672. De commissies nemen in beginsel geen kennis van incassogeschillen.
10. gov.uk/make-court-claim-for-money.
11. citizensadvice.org.uk/law-and-courts/legal-system/small-claims/making-a-small-claim/.
12. Bron: Jaarverslag van de rechtspraak 2021, p. 46.
13. Zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, *Prg*. 2022/50.

* Mr. R.J.M. Cremers is sinds 1984 werkzaam in de rechtspraak en vervulde functies bij de rechtbank en als kantonrechter. Hij is sinds 2014 werkzaam als raadsheer in het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Ook is hij als projectleider inhoud betrokken geweest bij de ontwikkeling van de 'eKanton'-procedure en actief als voorzitter van een aantal geschillencommissies (SGC). Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

kort en bondig

Procesrecht

JURISPRUDENTIE

Het achterhouden van stukken door een partij kan leiden tot herroeping van een vonnis of arrest
HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1188

Is de formele rechtskracht van een belastingaanslag inroepbaar tegen een derde die aansprakelijk is gesteld op grond van een *Peeters/Gatzen*-vordering?

Casus en hoofdoverwegingen
In onderhavige herroepingszaak vordert eiser herroeping van een arrest, waarin het gerechtshof een door de curator namens de gezamenlijke faillissementscrediteuren ingestelde *Peeters/Gatzen*-vordering (gedeeltelijk) heeft toegewezen (de 'Aansprakelijkheidsprocedure'). Eiser heeft voorafgaand aan deze faillissementen als insolventieadviseur een saneringstraject voor deze vennootschappen begeleid.

Volgens eiser berust het arrest in de Aansprakelijkheidsprocedure primair op bedrog door de curator in het geding gepleegd als bedoeld in artikel 382 onder a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Subsidiair is eiser van mening dat hij na het arrest in de Aansprakelijkheidsprocedure stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de curator zijn achtergehouden als bedoeld in artikel 382 onder c Rv.

Het betoog van eiser komt er in de kern op neer dat de vennootschappen onjuiste aangiften omzetbelasting hebben gedaan, die hebben geresulteerd in onjuiste aanslagen. De in 2019 door hem in de fysieke administratie aangetroffen bescheiden zouden dat aantonen. De curator zou deze stukken hebben achtergehouden. Het gerechtshof wijst de vordering tot herroeping af op zowel de primaire als de subsidiaire grondslag. Eiser gaat daartegen in cassatie.

Volgens het gerechtshof zou het verweer van eiser dat de belastingclaim materieel niet bestaat, niet tot een andere uitkomst hebben kunnen leiden in de Aansprakelijkheidsprocedure, omdat de curator de desbetreffende belastingaanslagen niet meer met succes had kunnen aanvechten. Deze belastingaanslagen hadden voor de faillissementen formele rechtskracht gekregen. Het gerechtshof oordeelt dat de aangetroffen stukken niet van beslissende aard zijn, als bedoeld in artikel 382 onder c Rv. De Hoge Raad casseert. Het feit dat de belastingaanslagen formele rechtskracht hebben, betekent nog niet dat eiser het materieel niet bestaan van de belastingclaim had kunnen inroepen ter afwering van zijn aansprakelijkheid (op grond van de *Peeters/Gatzen*-vordering) in de Aansprakelijkheidsprocedure.

Daarnaast is het gerechtshof van oordeel dat de enkele omstandigheid dat de fysieke stukken boven tafel zouden zijn gekomen als de curator grondig onderzoek zou hebben gedaan, geen lichte schuld van de curator oplevert en dat dus van toedoen bij het achterhouden van stukken ex artikel 382 onder c Rv geen sprake is. De Hoge Raad komt echter tot de conclusie dat een toereikende motivering voor het oordeel van het gerechtshof, dat de aangetroffen stukken niet door toedoen van de curator zijn achtergehouden in de zin van artikel 382 onder c Rv, ontbreekt. Er volgt vernietiging en verwijzing.

Duiding
Op grond van artikel 382 Rv kan een arrest dat in kracht van gewijsde is gegaan op vordering van een partij worden herroepen indien:

a. het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd;
b. het berust op stukken waarvan de valsheid na het arrest is erkend of bij gewijsde is vastgesteld, of;
c. de partij na het arrest stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

In onderhavige procedure ging het (onder meer) specifiek over de vraag of (1) de fysieke bescheiden waar eiser zich op beroept van beslissende aard zijn als bedoeld in artikel 382 onder c Rv en/of (2) deze fysieke bescheiden door toedoen van de curator (de wederpartij) waren achtergehouden.

(1) Stukken van beslissende aard?
Het gerechtshof in de Aansprakelijkheidsprocedure kwalificeert stukken van beslissende aard als stukken die de uitspraak anders zouden hebben doen uitvallen als zij aan de rechter bekend zouden zijn geweest.

In onderhavig geval hadden de belastingaanslagen bij aanvang van de faillissementen, zoals gezegd, reeds formele rechtskracht. Het gerechtshof oordeelde dat daarmee de belastingschulden van de gefailleerde vennootschappen vaststonden, reeds voorafgaand aan de procedure die heeft geleid tot het arrest in de Aansprakelijkheidsprocedure. Volgens het gerechtshof zouden de stukken waar eiser zich op heeft gebaseerd in de Aansprakelijkheidsprocedure niet hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de belastingschuld niet bestond. De aangetroffen stukken zouden de uitspraak in de Aansprakelijkheidsprocedure daarom niet anders hebben doen uitvallen als zij aan het gerechtshof bekend zouden zijn geweest. Het gerechtshof concludeert dat er dus in onderhavig geval geen sprake is van stukken van beslissende aard op grond van artikel 382 onder c Rv.

Eiser klaagt in cassatie dat de formele rechtsklacht van de aanslagen niet het (mede uit art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de

fundamentele vrijheden (EVRM) voortvloeiende) recht van eiser wegneemt om in een tegen hem gevoerde aansprakelijkheidsprocedure de juistheid van deze aanslagen ter discussie te stellen. Daar is de Hoge Raad het mee eens. Het feit dat de belastingaanslagen al formele rechtskracht hadden, neemt niet weg dat het materieel niet-bestaan van de belastingclaim in dit geval tot het oordeel kan leiden dat de *Peeters/Gatzen*-vordering niet toewijsbaar is. De Hoge Raad benadrukt verder dat de fiscus nagenoeg de enige onbetaalde crediteur is in de faillissementen van de vennootschappen.

Dit betekent concreet dat de formele rechtskracht van de belastingaanslagen (in onderhavig geval) niet inroepbaar is tegen een derde die aansprakelijk is gesteld op grond van een *Peeters/Gatzen*-vordering.

(2) Stukken door toedoen van de curator achtergehouden?
Voor toedoen van de wederpartij is opzet (willens en wetens) bij het achterhouden van stukken niet vereist, maar is lichte schuld ('culpa') voldoende.[1] Onder 'toedoen' valt niet alleen een actief doen maar ook een passief nalaten of niet doen.[2] Maar het stilzwijgen bewaren over een stuk is op zichzelf niet voldoende; dan moeten er bijzondere omstandigheden bij komen.[3]

Volgens het gerechtshof levert de enkele omstandigheid dat de fysieke stukken boven water zouden zijn gekomen als de curator grondig onderzoek had gedaan, geen lichte schuld op van de curator. Eiser klaagt hierover in cassatie.

De Hoge Raad besteedt aandacht aan onderstaande feiten en omstandigheden:
- De door de curator gestelde gezamenlijkheid van de crediteuren komt goeddeels neer op één schuldeiser, namelijk de fiscus.
- Eiser heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep de materiële juistheid van de belastingclaim betwist.
- Eiser heeft aangevoerd dat de administratie van de failliete vennootschappen uitsluitsel moet bieden over het al dan niet (materieel) bestaan van de belastingclaim.
- Eiser heeft aangevoerd dat hij tevergeefs heeft getracht de complete administratie van de gefailleerde vennootschap te mogen inzien.
- De curator heeft aangevoerd dat de administratie van de vennootschappen voor faillissement deels is vernietigd door de directie en/of eiser.
- Het gerechtshof heeft eiser in de Aansprakelijkheidsprocedure niet toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het bestaan van de belastingclaim omdat hij niet had voldaan aan de vereiste substantiëring van zijn verweer ter zake.
- In het arrest in de Aansprakelijkheidsprocedure heeft het gerechtshof vastgesteld dat eiser op 25 januari 2019 van de directie van de vennootschappen een omvangrijke hoeveelheid fysieke administratie heeft ontvangen, waarin zich de stukken bevonden waarop hij zijn herroepingsvordering baseert.

Op basis van het bovenstaande is de Hoge Raad van oordeel dat het gerechtshof geen toereikende motivering heeft gegeven dat de aangetroffen stukken niet door toedoen van de curator zijn achtergehouden in de zin van artikel 382 onder c Rv. In het bijzonder valt volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering niet in te zien waarom het nalaten van grondig onderzoek om de bedoelde stukken boven water te halen, geen lichte schuld oplevert.

De depotovereenkomst en zekerheidsstelling voor proceskosten
HR 9 september 2022 ECLI:NL:HR:2022:1181

Is een (getekende) depotovereenkomst noodzakelijk voor zekerheidsstelling?

Casus en hoofdoverwegingen
In onderhavig geval staat het in appel ingestelde incident tot zekerheidstelling centraal. IPMI, gevestigd te Iran, heeft hoger beroep ingesteld. Verweerster heeft vervolgens zekerheidsstelling voor de proceskosten door IPMI gevorderd. Het gerechtshof heeft deze incidentele vordering toegewezen en bevolen dat zekerheid dient te worden gesteld in de vorm van een depotstorting op de derdengeldenrekening van een Nederlandse notaris.

Bij eindarrest heeft het gerechtshof geoordeeld dat IPMI niet tijdig aan dit bevel heeft voldaan, omdat zij het bedrag weliswaar tijdig heeft gestort, maar er geen depotovereenkomst is op grond waarvan de notaris in het in die overeenkomst omschreven geval een claim van verweerster onvoorwaardelijk dient te honoreren. De notaris heeft eveneens geen volmacht ontvangen. Het gerechtshof heeft IPMI daarom niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep. IPMI gaat in cassatie en klaagt dat het gerechtshof niet expliciet de eis had gesteld dat een schriftelijke depotovereenkomst moest worden gesloten en dat IPMI daarom ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard.[4]

---

1. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 20.2, actueel t/m 15 februari 2020; Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 475; Th.B. ten Kate, *Het request-civiel* (diss. Leiden), Groningen: Wolters 1962, p. 272-273; Hof Arnhem 8 maart 1972, ECLI:NL:GHARN:1972:AB4124, *NJ* 1972/429 (*Top/Strik*).
2. Von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 20.2; Th.B. ten Kate & E.M. Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling burgerrechterlijke uitspraken* (Serie Burgerlijk Proces & praktijk 5), Deventer: Kluwer 2013, p. 82; Ten Kate 1962, p. 274; Van Rossem-Cleveringa, *Verklaring van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, aant. 10 op art. 382.
3. Von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 20.2; Hof Arnhem 8 maart 1972, ECLI:NL:GHARN:1972:AB4124, *NJ* 1972/429 (*Top/Strik*); Ten Kate 1962, p. 274-275; R.P. Cleveringa, 'De gronden voor requeste-civiel', in: E.M. Meijers & J. Versteeg, *Rechtskundige opstellen (Meijers-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk 1935, p. 191. Anders R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht*, 5e deel, Leiden: Brill 1899, p. 319, die meent dat het enkel niet meedelen van stukken voldoende is.
4. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:151.

De strekking van artikel 224 Rv is volgens de Hoge Raad om te voorkomen dat een in het gelijk gestelde gedaagde wordt geconfronteerd met oninbaarheid van een proceskostenveroordeling als gevolg van het ontbreken van de mogelijkheid tot tenuitvoerlegging daarvan in het land waar de eiser zijn woonplaats heeft.

De Hoge Raad stelt vast dat het gerechtshof in het tussenarrest heeft bepaald dat IPMI zekerheid dient te stellen in de vorm van een depotstorting op de derdengeldrekening van een Nederlandse notaris. Het gerechtshof heeft verder geen instructies gegeven. Dat betekent dat de gestelde zekerheid voldoet, indien verweerster op het in depot gestorte bedrag zonder moeite verhaal zal kunnen nemen.

Het gerechtshof heeft echter in het eindarrest overwogen dat een depotovereenkomst onderdeel uitmaakt van de zekerheidstelling op grond waarvan de notaris in het in de depotovereenkomst omschreven geval een claim van verweerster onvoorwaardelijk dient te honoreren. Hier gaat de Hoge Raad niet in mee. Voor zover het gerechtshof hiermee heeft geoordeeld dat de door IPMI gestelde zekerheid, nu een schriftelijke depotovereenkomst ontbreekt, niet aan de eisen van artikel 6:51 Burgerlijk Wetboek (BW) voldoet, is het oordeel volgens de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd. Het gerechtshof heeft namelijk niet beoordeeld of verweerster in dit geval op de depotstorting zonder moeite verhaal zal kunnen nemen. Het is verder volgens de Hoge Raad ook niet zo dat een zekerheid door middel van een depotstorting op een notariële kwaliteitsrekening slechts aan de vereisten van artikel 6:51 lid 2 BW kan voldoen, indien deze gepaard gaat met een schriftelijk aangegane depotovereenkomst.

De klachten van verweerster slagen en de Hoge Raad doet de zaak zelf af. Aangenomen dient te worden dat verweerster, indien IPMI in de proceskosten in hoger beroep word veroordeeld, zonder moeite verhaal op het depot kan nemen als bedoeld in artikel 6:51 BW. IPMI heeft volgens de Hoge Raad tijdig voldaan aan het bevel tot zekerheidstelling.

Duiding
In dit arrest staat de vraag centraal of in het geval de rechter heeft bevolen dat zekerheid dient te worden gesteld in de vorm van een depotstorting op de derdengeldenrekening van een Nederlandse notaris een schriftelijke depotovereenkomst vereist is.
Hiervoor dient gekeken te worden naar artikel 6:51 BW, die van toepassing is op de vorm van zekerheid. Advocaat-generaal (A-G) Wesseling-van Gent gaat in haar conclusie uitgebreid in op artikel 6:51 BW.[5] Artikel 6:51 lid 1 BW bepaalt dat degene die verplicht is zekerheid te stellen de keuze heeft tussen persoonlijke en zakelijke zekerheid. De vorm waarin zekerheid wordt gesteld staat dus in beginsel ter keuze van degene die de zekerheid moet stellen. Volgens A-G Wesseling-van Gent betekent dat, volgens de Hoge Raad,[6] dat daarvoor geen andere eisen gelden dan die welke voortvloeien uit lid 2 van deze bepaling. In artikel 6:51 lid 2 BW staat dat de aangeboden zekerheid zodanig moet zijn dat de vordering en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk zijn gedekt en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen. Het gaat er dus in de kern om dat adequate zekerheid wordt gesteld, waarop de schuldeiser zich zonder moeite voor hoofdsom, rente en kosten moet kunnen verhalen. Het is aan de schuldenaar om daarvoor zorg te dragen.[7]
Met andere woorden, uit artikel 6:51 lid 2 volgt *niet* dat het nodig is dat een schriftelijke depotovereenkomst wordt gesloten als het door de rechter bepaalde bedrag op een notariële kwaliteitsrekening wordt gestort en er ook geen verdere eisen zijn gesteld. Het komt – in het licht van artikel 6:51 lid 2 BW – dus aan op de beoordeling of de verweerder ten behoeve van wie zekerheid is gesteld in de omstandigheden van het geval zonder moeite verhaal kan nemen op de depotstorting.

M.M. Tak
CMS

Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Hoge Raad bepaalt dat verzekeraar gehouden is om de redelijke kosten tot vaststelling van de schade te vergoeden
HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1174

Zien de 'redelijke kosten tot het vaststellen van de schade' alleen op kosten die door de verzekeraar zijn gemaakt of ook op kosten gemaakt door de verzekerde of de verzekeringnemer? En zijn de 'redelijke kosten tot het vaststellen van de schade' altijd onder de verzekeringsovereenkomst gedekt?

Casus en hoofdoverwegingen
Eiser is in 2015 betrokken geraakt bij een verkeersongeval met letsel tot gevolg. Ten tijde van dit ongeval had eiser een combipolis particulieren bij de verzekeraar NH1816 ('de Verzekeraar') afgesloten, waaronder een schadeverzekering en een rechtsbijstandverzekering die ARAG uitvoerde. Eiser had recht op juridische bijstand door de letselschadejuristen van ARAG en zocht daar in eerste instantie ook contact mee. Daarna koos eiser er echter voor om een andere rechtshulpverlener (een advocaat) in te schakelen. Deze advocaat heeft de behandeling van de zaak van ARAG overgenomen. Eiser wil uitkering onder de schadeverzekering voor de door deze advocaat gemaakte kosten tot vaststelling van de schade op grond van artikel 7:959 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) waarvan, volgens eiser, ingevolge artikel 7:963 lid 6 BW niet mag worden afgeweken.

5. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:151, punt 3.9.
6. HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1607, *NJ* 2019/411, r.o. 3.3.6.
7. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:151, punt 3.9.

In de op de schadeverzekering van toepassing zijnde voorwaarden was de volgende bepaling opgenomen:

'Artikel 5 – Schadevaststelling / Beperking van de uitkeringen

1. De hoogte van de schadevergoeding waarop de verzekerde uit hoofde van deze verzekering aanspraak kan maken, wordt vastgesteld overeenkomstig de daartoe strekkende bepalingen in afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek. (…)

3. Als de verzekerde geheel of gedeeltelijk recht heeft op vergoeding krachtens een andere verzekering of op uitkeringen of verstrekkingen uit anderen hoofde, kan voor dat deel geen beroep worden gedaan op deze verzekering. (…).'

De Verzekeraar weigerde uitkering op basis van bovengenoemde zogenoemde 'na-u-clausule' (lid 3), omdat eiser volgens Verzekeraar recht had op juridische bijstand op basis van de rechtsbijstandverzekering bij ARAG. Nu eiser zelf een advocaat in de arm genomen had, kwamen de kosten voor die advocaat niet voor vergoeding in aanmerking. De wetgever zou in artikel 7:959 lid 1 BW niet bepalen dat de redelijke kosten tot het vaststellen van de schade *altijd* onder de verzekeringsovereenkomst gedekt moeten zijn. Dat is volgens de Verzekeraar slechts het geval voor zover uit de polisvoorwaarden een aanspraak op vergoeding van deze redelijke kosten voortvloeit en die aanspraak niet is uitgesloten van dekking. Bovendien zou volgens de Verzekeraar met de 'redelijke kosten tot vaststelling van de schade' alleen gedoeld zijn op kosten die de Verzekeraar gemaakt heeft.
De rechtbank heeft de vorderingen van eiser afgewezen.[1] Volgens het gerechtshof[2] kwalificeert de 'na-u-clausule' in de polis als een zogenoemd 'kernbeding' dat buiten de werking van Richtlijn 93/13/EEG[3] valt en ook niet kan worden aangemerkt als een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 aanhef en onder a BW. Het gerechtshof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.
De Hoge Raad verwerpt echter de klachten van de Verzekeraar. Als sprake is van 'redelijke kosten gemaakt tot vaststelling van de schade' in de zin van artikel 7:959 lid 1 BW, komen deze kosten – indien ook aan de twee voorwaarden van artikel 7:963 lid 6 BW is voldaan – dwingendrechtelijk ten laste van de verzekeraar. Verzekeraar mag daar in de polis dus niet ten nadele van de verzekerde van afwijken. Het is niet relevant of de verzekeraar dan wel de verzekerde deze kosten heeft gemaakt; de verzekeraar is gehouden de kosten tot vaststelling van de schade van deze verzekerde te vergoeden. Daarmee vernietigt de Hoge Raad de arresten van het gerechtshof en verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

Duiding
Artikel 7:959 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeraar de redelijke kosten tot vaststelling van de schade vergoedt – zelfs als daardoor (samen met de schade) de verzekerde som wordt overschreden. Het artikel geeft een nadere regeling voor wat betreft de vergoeding van kosten, waarbij onder kosten niet alleen de bereddingskosten in de zin van artikel 7:957 BW, maar ook kosten tot het vaststellen van de schade moet worden verstaan.[4] Bij dat laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan expertisekosten. De Hoge Raad heeft eerder dit jaar bepaald dat het daarbij gaat om het vaststellen van de omvang van de door de verzekering gedekte schade.[5] Maar in hoeverre moeten die kosten dan door de verzekeraar worden voldaan?
De kosten voor het vaststellen van de schade moeten voor rekening van de verzekeraar komen indien is voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets: zowel het maken van de kosten als de omvang van de gemaakte kosten moet redelijk zijn.[6] Ook de kosten van een door de verzekerde ingeschakelde contra-expert voor het vaststellen van de omvang van de schade komen op grond van artikel 7:959 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking indien is voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets.[7] Een beperking van de mogelijkheid van de verzekerde om voor de rekening van verzekeraar een eigen expert in te schakelen, is in strijd met dit artikel indien die beperking verder gaat dan uit de dubbele redelijkheidstoets volgt.[8]
Volgens artikel 7:963 lid 6 BW kan de verzekeraar niet ten nadele van de verzekeringnemer of de verzekerde van artikel 7:959 lid 1 BW afwijken als (1) verzekerde een consument is; en (2) voor zover deze kosten (op zichzelf) de verzekerde som niet overschrijden. Daarbij is dus van belang dat dit 'dwingend recht' alleen geldt voor consumenten. In een bedrijfspolis kan de verzekeraar wél opnemen dat de kosten ter vaststelling van de schade niet worden vergoed.
In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de redelijke kosten tot vaststelling van de schade in de zin van artikel 7:959 lid 1 BW dwingendrechtelijk ten laste van Verzekeraar komen. Dit is het geval indien sprake is van een verzekerde die een natuurlijk persoon is en indien deze natuurlijke persoon een consumentenverzekering gesloten heeft, waarbij de kosten tot vaststelling van de schade niet het bedrag overschrijden dat gelijk is aan de verzekerde som. Verzekeraars mogen daar in de polis niet ten nadele van een verzekerde van afwij-

1. Niet gepubliceerd.
2. Hof Amsterdam 19 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:70.
3. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29-34).
4. Wansink & Tiggele-van der Velde, *T&C BW*, commentaar op art. 7:959 BW.
5. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81.
6. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81, r.o. 3.2.2.
7. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81, r.o. 3.2.3.
8. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81, r.o. 3.2.4.

ken. Niet relevant is of deze kosten gemaakt zijn door de verzekeraar of door de verzekerde zelf. Dat laatste is ook in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 28 januari jl.[9], waarin hij overwoog dat ook de kosten van een door de verzekerde ingeschakelde contra-expert voor het vaststellen van de omvang van de schade voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Kortom, ook in dit arrest komt de bescherming van de consumentverzekerde wederom tot uitdrukking.

De informatieplicht van de handelaar over het recht tot ontbinding bij consumentenkoop: een kwestie van maatwerk

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7839

Is er sprake van maatwerk en, in het verlengde daarvan, van een recht tot ontbinding en kan de handelaar zich rechtsgeldig beroepen op vervangende schadevergoeding indien de consument afziet van de koopovereenkomst?

Casus en hoofdoverwegingen

Makrozijn ('eiser') is een aantal keren bij geïntimeerden thuis geweest in verband met de koop en montage van kunststofkozijnen en toebehoren. Uiteindelijk hebben eiser en geïntimeerden een voorgedrukt document met als opschrift 'Koopovereenkomst' getekend. In het document is globaal aangekruist en ingevuld om welke soort en kleur kozijnen met toebehoren het gaat. Verder is er met de hand bijgeschreven: 'Montageperiode overleggen na akkoord financiering' onder de voorgedrukte zin 'Deze overeenkomst wordt, tenzij hier anders vermeld, aangegaan onder voorbehoud van financiering. Alle details (maten, draairichtingen, kleuren) worden bepaald na inmeten'. De voorgedrukte mededeling dat de overeenkomst binnen veertien dagen zonder opgaaf van redenen kosteloos kan worden ontbonden, is met de hand doorgestreept. De algemene voorwaarden van eiser vermelden samengevat dat de opdrachtgever bij niet-verkrijging van de benodigde financiering dit binnen 30 dagen onder overlegging van bewijsstukken daarvan aan de opdrachtnemer moet melden. Geïntimeerden hebben eiser pas na het verstrijken van deze 30 dagen-termijn laten weten niet door te gaan met de bestelling van de kozijnen, omdat zij de financiering niet (volledig) rond kregen.

Eiser vordert in deze procedure een vervangende schadevergoeding voor de kunststofkozijnen en toebehoren. Eiser is van mening dat de kozijnen maatwerk betreffen. Geïntimeerden zouden daarom geen gebruik kunnen maken van het recht tot ontbinding en zouden na het ongebruikt verstrijken van het overeengekomen financieringsvoorbehoud definitief gebonden zijn aan de koopovereenkomst. Geïntimeerden stellen dat zij ervan uitgingen dat er pas een definitieve overeenkomst zou zijn als zeker was dat zij financiering konden krijgen en bovendien hebben zij eiser tijdig laten weten van de overeenkomst af te zien. Daarnaast betwisten geïntimeerden dat het om maatwerk zonder recht van ontbinding gaat. Daarom zouden zij geen schadevergoeding aan eiser hoeven betalen.

De kantonrechter heeft de vordering van eiser afgewezen.[10] Het gerechtshof[11] stelt voorop dat een aantal in Boek 6, titel 5, afdeling 2b van het Burgerlijk Wetboek opgenomen bepalingen van toepassing is op de koopovereenkomst, nu sprake is van consumentenkoop. Van deze bepalingen kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken.[12] Omdat de koopovereenkomst bij geïntimeerden thuis is gesloten, is sprake van een overeenkomst buiten de verkoopruimte.[13] De stelling van eiser dat sprake is van maatwerk is onvoldoende onderbouwd tegenover de gemotiveerde betwisting van geïntimeerden. Nu de kozijnen geen maatwerk betreffen, is er ook geen uitzondering op het recht van ontbinding en had eiser geïntimeerden moeten informeren over hun recht op ontbinding. Eiser heeft die op hem rustende informatieplicht geschonden. De wettelijke sanctie is verlenging van de termijn waarbinnen het recht van ontbinding kan worden uitgeoefend met alle tijd die is verstreken vanaf het tijdstip, bedoeld in artikel 6:230o lid 1 BW, tot het moment waarop alle ontbrekende gegevens alsnog op de voorgeschreven wijze aan de consument zijn verstrekt, doch ten hoogste twaalf maanden.[14] Nu eiser die informatie niet voordat geïntimeerden zich op het recht van ontbinding beriepen, had verstrekt, zijn geïntimeerden bevrijd van hun verplichtingen uit de overeenkomst. Voor toewijzing van de door eiser gevorderde vervangende schadevergoeding bestaat dan geen grond meer. Het gerechtshof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en wijst de vorderingen van eiser af.

Duiding

De in Boek 6, titel 5, afdeling 2b ('Bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten') van het Burgerlijk Wetboek opgenomen wettelijke bepalingen inzake het recht van ontbinding vormen een omzetting van de Richtlijn Consumentenrechten.[15] Daarvan kan ingevolge artikel 6:230i lid 1 BW niet ten nadele van de consument worden afgeweken. Volgens de Hoge Raad strookt het met de doelstellingen en uitgangspunten van de Richtlijn consumentenrechten dat de rechter (zo nodig) van een aantal van de in artikel 6:230m lid 1 BW opgenomen informatieplichten van de handelaar tegenover de consument ambtshalve onderzoekt of daaraan is voldaan en in geval van schending ervan ambtshalve tot vernietiging en/of afwijzing van de incassovordering van de handelaar moet overgaan dan wel ambtshalve een andere sanctie moet toe-

9. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81.
10. Niet gepubliceerd.
11. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7839.
12. Art. 6:230i lid 1 BW.
13. Art. 6:230g lid 1 aanhef en onder f sub 1° BW.
14. Art. 6:230o lid 2 BW.
15. Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten (*PbEU* 2011, L 304/64).

passen.[16] In het onderhavige geval was sprake van een overeenkomst die gesloten was buiten de verkoopruimte (art. 6:230g lid 1 aanhef en onder f sub 1° BW). De overeenkomst was immers bij geïntimeerden thuis gesloten. Op grond van artikel 6:230m lid 1 aanhef en onder h BW dient de handelaar de consument, als er een recht van ontbinding is, dan te informeren over de termijn en de manier waarop de consument daar gebruik van kan maken. In beginsel heeft te gelden dat een consument een overeenkomst buiten de verkoopruimte zonder opgave van reden kan ontbinden binnen veertien dagen na een aantal in artikel 6:230o lid 1 BW genoemde tijdstippen. Een uitzondering op het recht van ontbinding bestaat echter in geval van consumentenkoop die ziet op 'de levering van volgens specificaties van de consument vervaardigde zaken, die niet geprefabriceerd zijn en die worden vervaardigd op basis van een individuele keuze of beslissing van de consument, of die duidelijk voor een specifieke persoon bestemd zijn'.[17] Men spreekt dan ook wel van 'maatwerk'. Voorgaande regel vormt een uitzondering op de uit de Richtlijn consumentenrechten voortvloeiende regel dat consumenten op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten mogen herroepen. Om die reden moet vorengenoemde uitzondering restrictief worden uitgelegd.[18] In dit geval was het gerechtshof van oordeel dat geen sprake was van maatwerk. De uitzondering op het recht van ontbinding van artikel 6:230p BW ging niet op. De handelaar moet de consument dan dus informeren over de termijn en de manier waarop het recht van ontbinding kan worden uitgeoefend.[19] Dit had eiser nagelaten. Het gevolg daarvan is dat de ontbindingstermijn ingevolge artikel 6:230o lid 2 BW verlengd wordt met de tijd die is verstreken vanaf het tijdstip, bedoeld in artikel 6:230o lid 1 BW, tot het moment waarop alle ontbrekende gegevens alsnog op de voorgeschreven wijze aan de consument zijn verstrekt, doch ten hoogste twaalf maanden.[20] Nu geïntimeerden, nadat zij de financiering niet volledig rond kregen, eiser nog voordat hij alsnog aan zijn informatieverplichting voldaan had, hadden bericht van de koop af te zien, trokken zij hier aan het langste eind. Zo ziet men maar dat het, omwille van de grote bescherming die consumenten op grond van de wet toekomt, in de praktijk van groot belang is om bij het sluiten van een koopovereenkomst buiten de verkoopruimte vast te stellen of er wel of geen sprake is van maatwerk. Verkeert men immers als handelaar onterecht in de veronderstelling dat dit het geval is, waardoor men de consument niet informeert over het recht op ontbinding en de wijze waarop de consument daarvan gebruik kan maken, dan kan dit tot gevolg hebben dat de consument ook na een zeer lange tijd nog rechtsgeldig kan ontbinden.

LITERATUUR

De maatwerk-uitzondering op het herroepingsrecht
B. Schmitz, mr. dr. L.B.A. Tigelaar
Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvCH) 2022, afl. 4
De Richtlijn consumentenrechten bevat het herroepingsrecht dat van toepassing is op overeenkomsten die op afstand zijn gesloten tussen een consument en een handelaar. Op dat herroepingsrecht zijn verschillende uitzonderingen van toepassing, waaronder de maatwerkuitzondering. Producten die op maat zijn gemaakt mogen niet worden geretourneerd. De vraag is: voor welke zaken gaat deze uitzondering op? Op Europees niveau is er weliswaar rechtspraak die handvatten biedt, maar heldere definities ontbreken. In dit artikel wordt naar de toepassing van de maatwerkuitzondering in het Nederlandse en Duitse recht gekeken. Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de aanpak in beide landen nogal verschilt.

Het belang van feitelijke uitvoering van een overeenkomst bij uitleg van contractsbepalingen
Mr. Q. Schier
Bron: Bedrijfsjuridische Berichten (BB) 2022, afl. 17, art. 67
Aanleiding voor deze bijdrage is het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:852. In dit arrest herhaalde de Hoge Raad dat ook de wijze waarop partijen uitvoering geven dan wel hebben gegeven aan een overeenkomst van belang kan zijn voor de uitleg van die overeenkomst conform de *Haviltex*-maatstaf.

Collectief schadeverhaal in de financiële sector; easier said than done!?
Mr. M.J. Bosselaar
Bron: Tijdschrift voor Financieel recht (FR) 2022, afl. 9
Recente ontwikkelingen laten zien dat collectief schadeverhaal in de financiële sector nog steeds actueel is en ook de aandacht heeft van de toezichthouder. Met name financiële producten die in het (verre) verleden zijn afgesloten, waren en zijn onderwerp van collectieve procedures, schikkingen en compensatieregelingen. Voorbeelden zijn effectenleaseovereenkomsten, rentederivaten en beleggingsverzekeringen. In de praktijk blijkt de afwikkeling van massaschade in de financiële sector geen eenvoudige opgave. Het is de vraag of de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) daar mogelijk verandering in gaat brengen.

De kwalificatie en aansprakelijkheidspositie van digitale logistieke platforms
Mr. B.C.H. Wilbrink
Bron: Tijdschrift Vervoer & Recht 2022, afl. 4
In deze bijdrage worden de privaatrechtelijke en Europeespubliekrechtelijke kwalificaties van digitale logistieke platforms besproken. Deze kwalificaties zijn van

16. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7839, r.o. 3.2 en HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.
17. Art. 6:230p aanhef en onder f sub 1° BW.
18. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7839, r.o. 3.3 en HvJ EU 14 mei 2020, C-208/19, ECLI:EU:C:2020:382, r.o. 56 en 40 (*NK/MS, AS*), waarin het Hof van Justitie onder meer verwijst naar HvJ EG 10 maart 2005, C-336/03, ECLI:EU:C:2005:150, r.o. 21 (*Easycar*) en HvJ EU 27 maart 2019, C-681/17, ECLI:EU:C:2019:255, r.o. 34 (*Slewo/Ledowski*).
19. Art. 6:230m lid 1 aanhef en onder h BW.
20. Art. 6:230o lid 2 BW.

grote invloed op de aansprakelijkheidspositie van het platform. De Europeesrechtelijke kwalificatie bepaalt daarbij in hoeverre de diensten van de platforms door EU-lidstaten gereguleerd mogen worden, bijvoorbeeld door vergunningsvereisten op te leggen.

Risicoverdeling in geval van gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen
Prof. mr. R. Rijnhout, mr. dr. S.N.P. Wiznitzer
Bron: Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade (TVP) 2022, afl. 2
Deze bijdrage concentreert zich op de invulling van de verkeersopvatting in het kader van de toerekening van ongeschikte medische hulpzaken (art. 6:77 BW). Het doel van deze bijdrage is om te onderzoeken of, vertrekkend vanuit het perspectief van de samenleving, het ziekenhuis de schade zou moeten vergoeden als gevolg van het gebruik van ongeschikte medische hulpmiddelen. Drie specifieke omstandigheden zijn onderzocht: fraude door de producent, het niet hebben van een verzekering aan de zijde van het ziekenhuis en een faillissement van de producent.

N.E. Hemstra
CMS

Huurrecht

Jurisprudentie

Huuropzegging wegens dringend eigen gebruik bij 290-bedrijfsruimte
Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7849 en Rb. Rotterdam 14 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8538

Indien de verhuurder een huurovereenkomst met betrekking tot 290-bedrijfsruimte opzegt, dient hij in de opzegging duidelijk te maken op welke grond(en) hij de huurovereenkomst wil beëindigen. Laat de verhuurder dit na, dan is de opzegging nietig. In artikel 7:296 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) worden de opzeggingsgronden limitatief omschreven waaronder de opzegging wegens dringend eigen gebruik. Indien de huurovereenkomst langer dan tien jaar heeft geduurd, kan de rechter de beëindigingsvordering toewijzen op grond van een redelijke afweging van de belangen van de verhuurder en de (onder)huurder. Beide opzeggingsgronden worden door de rechter beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Deze uitspraken van de Rotterdamse kantonrechter onderstrepen nog maar weer eens het belang van een deugdelijke onderbouwing van de gestelde feiten en omstandigheden door zowel de verhuurder als de huurder. In beide uitspraken was een gebrekkige motivering de reden voor de kantonrechter om de beëindigingsvordering toe- respectievelijk af te wijzen.

Casus en hoofdoverwegingen
Verhuurders hebben een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot 290-bedrijfruimte, te weten een hotelbedrijf respectievelijk een bruidsmodezaak. Verhuurders vorderen in deze procedures het tijdstip vast te stellen waarop de huurovereenkomst tussen partijen wordt beëindigd en huurder te veroordelen tot ontruiming van het gehuurde. Daaraan hebben verhuurders primair ten grondslag gelegd dat er sprake is van dringend eigen gebruik in de zin van artikel 7:296 lid 1 onder b BW en subsidiair dat de belangen van verhuurder bij beëindiging van de huurovereenkomst zwaarder wegen dan de belangen van huurder bij verlenging daarvan (art. 7:296 lid 3 BW).

In de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 16 september 2022 heeft de verhuurder de huurovereenkomst opgezegd omdat hij het gehuurde wil splitsten in drie afzonderlijke winkelunits dan wel het gehuurde wenst samen te voegen met de naastgelegen bedrijfsruimten om zo één grote aantrekkelijk winkelruimte te creëren. Een dergelijke renovatie is volgens verhuurder zonder beëindiging van de huurovereenkomst niet mogelijk. Voorts stelt verhuurder zich op het standpunt dat hij niet alleen een algemeen bedrijfseconomisch belang heeft bij de renovatie maar ook dat er sprake is van een substantiële verbetering van zijn rendement als gevolg van de beoogde herontwikkeling. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft verhuurder zowel een rendementsberekening van de huidige situatie als een rendementsberekening van de toekomstige situatie overgelegd. Voorts heeft verhuurder een advies van een onafhankelijke accountant in het geding gebracht waaruit blijkt dat de rendementsberekeningen zijn gebaseerd op reële uitgangspunten en voldoende relevante documentatie en uitgaan van de juiste en gebruikelijke berekeningsmethodes.

De huurder voert een groot aantal bezwaren aan tegen de gevorderde beëindiging. Zo stelt huurder dat verhuurder geen concreet renovatieplan heeft, betwist hij de juistheid van de overgelegde rendementsberekeningen en stelt huurder dat de door verhuurder begrote renovatiekosten onjuist want veel te laag zijn. Tot slot stelt huurder zich op het standpunt dat de voorgenomen renovatie praktisch en juridisch niet uitvoerbaar is omdat het niet aannemelijk is dat de VvE toestemming zal verlenen voor de beoogde renovatieplannen en voorts omdat het niet waarschijnlijk is dat de gemeente verhuurder een omgevingsvergunning zal verlenen ter zake van de herontwikkeling van de verschillende bedrijfsruimten.
De verweren van huurder worden door de kantonrechter verworpen. De kantonrechter komt ten aanzien van alle aangevoerde bezwaren tot de conclusie dat huurder heeft nagelaten deze voldoende te onderbouwen met nadere stukken en/of aanvullende argumenten. De beëindigingsvordering wijst de kantonrechter toe nu verhuurder erin is geslaagd aannemelijk te maken dat hij het gehuurde wil renoveren, waarbij is komen vast te staan dat de huidige wijze waarop het gehuurde geëxploiteerd wordt, redelijkerwijs niet kan worden voortgezet, en verhuurder het gehuurde daartoe dringend nodig heeft. Omdat de vordering op de primaire grondslag wordt toegewezen, komt de kantonrechter aan de belangenafweging niet meer toe.

In de procedure die heeft geleid tot de uitspraak van 14 oktober 2022 zegt de verhuurder de huurovereenkomst op omdat hij althans aan hem gelieerde derden voornemens zijn om in het gehuurde zelf een hotel te

exploiteren. Door het gehuurde zelf in gebruik te nemen zal er sprake zijn van een rendementsverbetering, reden waarom verhuurder van mening is een persoonlijk en reëel bedrijfseconomisch belang te hebben bij het duurzaam in eigen gebruik nemen van het verhuurde. Subsidiair doet verhuurder een beroep op de belangenafweging van artikel 7:296 lid 3 BW. Het belang van huurder weegt volgens verhuurder minder zwaar omdat de huurovereenkomst op de beëindigingsdatum tien jaar heeft geduurd en huurder voornemens is zijn hotelbedrijf te verkopen. De huurder voert verweer.

De kantonrechter stelt voorop dat de vraag of verhuurder het gehuurde dringend nodig heeft voor eigen gebruik, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De verhuurder dient aannemelijk te maken dat hij (a) het gehuurde persoonlijk in duurzaam gebruik wil nemen, en (b) het gehuurde daartoe dringend nodig heeft. De kantonrechter oordeelt dat verhuurder hierin niet is geslaagd.

Ter onderbouwing van zijn plan om het gehuurde te betrekken in het nog te realiseren hotelconcept heeft verhuurder verschillende sfeerimpressies overgelegd. Niet alleen zijn deze sfeerimpressies niet onderbouwd met uitgewerkte bouwplannen, maar ook concrete plannen over hoe het gehuurde in dit concept zal worden betrokken, ontbreken. Ook tijdens de mondelinge behandeling heeft verhuurder zijn plannen slechts in algemene bewoordingen toegelicht. Daarbij komt dat verhuurder desgevraagd geen concreet antwoord heeft kunnen geven op de vraag wie, verhuurder zelf, zijn kinderen of andere familieleden de exploitatie van het te realiseren hotelbedrijf op zich zal nemen, nog daargelaten dat verhuurder (dus) heeft verzuimd dit antwoord te onderbouwen, aldus de kantonrechter. Voorts heeft verhuurder nagelaten voldoende aannemelijk te maken dat hij het gehuurde dringend nodig heeft. Zo heeft verhuurder de door hem gestelde rendementsverbetering onvoldoende onderbouwd (nog daargelaten dat onduidelijk is door wie en op welke grondslagen de rendementsberekening is opgesteld), en heeft verhuurder nagelaten inzicht te geven in de hoogte van de investeringskosten van de beoogde transformatie. Ook de belangenafweging valt in het nadeel van de verhuurder uit. Omdat verhuurder niet aannemelijk heeft kunnen maken dat er sprake is van een (substantiële) rendementsverbetering in de toekomstige situatie, is het belang van verhuurder niet komen vast te staan. De kantonrechter oordeelt dat het belang van de huurder bij voortzetting van de huurovereenkomst zwaarder weegt. Als onbetwist staat namelijk vast dat huurder aanzienlijke investeringen in het bedrijf heeft gedaan en voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van de exploitatie van het hotel. Ook heeft huurder onweersproken aangevoerd dat hij sterk locatiegebonden is. Anders dan verhuurder stelt, is niet komen vast te staan dat huurder zijn bedrijf op korte termijn wenst te verkopen. De conclusie is dan ook dat de beëindigingsvordering evenmin op grond van artikel 7:296 lid 3 BW kan worden toegewezen.

Duiding
Ingevolge artikel 7:294 BW moet de verhuurder – op straffe van nietigheid – in zijn opzeggingsbrief de gronden noemen die tot de opzegging hebben geleid. Als de opzegging een grond vermeldt die niet overeenstemt met de werkelijke reden voor de opzegging, dan is de opzegging niet nietig. De opzegging zal echter niet het beoogde effect hebben omdat de beëindigingsprocedure zal worden gevoerd op de door de verhuurder aangevoerde onjuiste beëindigingsgrond, hetgeen resulteert in een afwijzing van de vordering. De opzeggingsgronden die de verhuurder ter beschikking staan, worden limitatief opgesomd in artikel 7:296 BW. Niet de letterlijke tekst van de opzeggingsbrief is beslissend maar de betekenis die de huurder in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de inhoud van de opzeggingsbrief mocht toekennen. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen verhuurder en huurder behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht en of, voorafgaand aan de opzeggingsbrief, reeds overleg tussen huurder en verhuurder heeft plaatsgevonden over de voorgenomen beëindiging (HR 1 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7369).

Als de huurder niet binnen zes weken na de opzegging aan de verhuurder heeft laten weten dat hij in de beëindiging toestemt, zal de verhuurder een procedure moeten starten om de beëindiging van de huurovereenkomst en de ontruiming van het gehuurde te kunnen realiseren. Het vonnis zal in beginsel niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard nu de huurovereenkomst eerst eindigt op het door de rechter vastgestelde tijdstip indien dat tijdstip bij onherroepelijke uitspraak is bepaald (art. 7:295 lid 1 BW).

De verhuurder hoeft de dringendheid van het voorgenomen eigen gebruik niet aan te tonen met objectieve gegevens maar deze slechts aannemelijk te maken (zie bijvoorbeeld HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5130), terwijl voorts algemene bedrijfseconomische belangen voldoende kunnen zijn om een dringend eigen gebruik aannemelijk te achten. Voor een beroep op een dringend nodig hebben is niet vereist dat de verhuurder in zijn maatschappelijk voortbestaan wordt bedreigd. Als de verhuurder aannemelijk heeft gemaakt dat hij het verhuurde persoonlijk duurzaam in gebruik wil nemen en de verhuurde bedrijfsruimte daartoe dringend nodig heeft, is er – anders dan bij de verhuur van woonruimte – geen plaats meer voor een afweging van de belangen van de huurder tegen die van de verhuurder. De rechter dient, zowel bij de beoordeling van de opzeggingsgrond dringend eigen gebruik als bij de open belangenafweging, alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen (zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1990, *NJ* 1990/435).

Met name de uitspraak van de Rotterdamse kantonrechter van 16 september 2022 is lezenswaardig, niet alleen omdat de rechter op heldere wijze inzichtelijk maakt aan welke vereisten moet zijn voldaan wil een beroep op artikel 7:296 lid 1 onder b BW succesvol zijn, maar ook omdat zowel de verhuurder als de huurder vrijwel ieder denkbaar argument ter ondersteuning van hun standpunt in de procedure naar voren heeft gebracht. Het gaat echter mis als de huurder vervolgens niet in staat blijkt te zijn om zijn argumenten op enigerlei wijze (deugdelijk) te onderbouwen. Een simpel voorbeeld.

De huurder stelt dat het niet aannemelijk is dat de VvE toestemming zal verlenen voor de beoogde renovatie van het gehuurde, zulks in verband met het wijzigen van de splitsingsakte. Vooropgesteld dat het niet noodzakelijk is dat er hangende de procedure is voldaan aan alle vereisten, zoals het beschikken over de vereiste toestemming van de VvE (het gaat er immers om dat de juridische en praktische haalbaarheid van het renovatieplan voldoende aannemelijk is), had het wel voor de hand gelegen dat de huurder in de conclusie van antwoord dan wel tijdens de comparitie van partijen op zijn minst had onderbouwd om welke inhoudelijke redenen het niet aannemelijk is dat de VvE haar toestemming of medewerking zal verlenen, bijvoorbeeld door het overleggen van een verklaring van de leden van de VvE waaruit de bezwaren van de (andere) appartementseigenaren tegen de plannen van de verhuurder genoegzaam blijkt. Hetzelfde geldt voor de verhuurder in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 14 oktober 2022. Blijkens deze uitspraak was de verhuurder niet goed in staat om zijn transformatieplannen toe te lichten, laat staan deze plannen met stukken te onderbouwen. Hoewel dat niet uit de uitspraak blijkt, lijkt in deze casus sprake te zijn van een zodanig prematuur stadium van de renovatieplannen van de verhuurder dat de beëindigingsvordering reeds daarom had moeten worden afgewezen. Uit beide uitspraken blijkt maar weer hoe belangrijk het is dat gestelde feiten en omstandigheden deugdelijk en zo concreet mogelijk worden onderbouwd, zowel door de verhuurder ter ondersteuning van de beëindigingsvordering als door de huurder ter onderbouwing van zijn verweer.

E. Goemans
Kennedy Van der Laan

Arbeidsrecht

Hoger beroep onder voorwaarden mogelijk in een deelgeschilprocedure, mits cruciaal
Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:87

Casus en hoofdoverwegingen
Werknemer is in dienst geweest van Aluminium & Chemie Rotterdam B.V. Op 23 augustus 2021 heeft werknemer bij de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam een deelgeschilprocedure als bedoeld in artikel 1019w e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aanhangig gemaakt. In die procedure heeft werknemer verzocht bij beschikking te verklaren dat de vordering van werknemer uit hoofde van zijn beroepsziekte ex artikel 7:658 Burgerlijk Wetboek (BW) niet is verjaard dan wel dat het door Achmea gedane beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden gehonoreerd, met begroting van de kosten van het deelgeschil op € 2.989. Bij beschikking d.d. 15 december 2021 heeft de kantonrechter het (primaire) verzoek van werknemer toegewezen en voor recht verklaard dat de vordering uit hoofde van artikel 7:658 BW niet is verjaard en daarbij de kosten als bedoeld in artikel 1019aa lid 1 Rv begroot op € 2.989 (inclusief btw). Op grond van artikel 1019bb Rv staat in een deelbeschikking geen appel open. In de bodemprocedure heeft werknemer gevorderd bij vonnis voor recht te verklaren dat Aluchemie ex artikel 7:658 BW aansprakelijk is voor de schade van werknemer als gevolg van de in de uitvoering van zijn werkzaamheden ontstane gezondheidsschade. Aluchemie en Achmea hebben verzocht aan hen verlof te verlenen om tussentijds hoger beroep te kunnen instellen tegen voormelde beschikking van 15 december 2021 en om de onderhavige bodemprocedure hangende het tussentijds hoger beroep aan te houden. In artikel 1019cc lid 3 onder a Rv is bepaald dat voor zover in de beschikking op een geschilpunt tussen partijen betreffende hun materiële rechtsverhouding is beslist, daarvan in de procedure ten principale hoger beroep kan worden ingesteld als van een tussenvonnis ofwel binnen drie maanden, te rekenen vanaf de eerste roldatum ofwel, indien de uitspraak om tussentijds appel open te stellen nadien is gedaan, binnen drie maanden, te rekenen vanaf de dag van de uitspraak. Dit met dien verstande dat de appellant, binnen de grenzen van artikel 332 Rv, in het hoger beroep slechts ontvankelijk zal zijn, indien de rechter in eerste aanleg deze mogelijkheid heeft geopend op een daartoe binnen dezelfde termijn door een der partijen gedaan verzoek, waarover de wederpartij is gehoord. In de memorie van toelichting bij de Wet deelgeschilprocedure (*Kamerstukken II* 2007/08, 31518, nr. 3, p. 22) is vermeld dat aan de mogelijkheid van hoger beroep tegen de deelgeschilbeschikking, voordat eindvonnis in de bodemprocedure is gewezen, behoefte kan bestaan als de beschikking een cruciale kwestie betreft die in feite bepalend is voor de afloop van de zaak. Naar het oordeel van de kantonrechter is in de onderhavige situatie aan dit criterium voldaan. De vraag of de vordering van werknemer uit hoofde van artikel 7:658 BW al dan niet is verjaard, is immers mede bepalend voor de afloop van de zaak. Nu de kantonrechter in de bodemprocedure in beginsel gebonden is aan de in het deelgeschil gegeven beslissing, moet het doelmatig worden geacht dat over die beslissing, waarmee Aluchemie en Achmea zich niet kunnen verenigen, eerst in hoger beroep een oordeel zal worden gegeven, waartegen werknemer zich overigens ook niet heeft verzet. Het verzoek van Aluchemie en Achmea wordt toegewezen.

Duiding
In beginsel is de kantonrechter in de bodemprocedure gebonden aan een in een deelgeschil gegeven beslissing. Op grond van artikel 1019bb Rv staat bij een deelbeschikking geen appel open. Een uitzondering daarop is artikel 1019cc lid 3 onder a Rv.

Artikel 1019cc lid 3 onder a Rv bepaalt dat voor zover in de beschikking op een geschilpunt tussen partijen betreffende hun materiële rechtsverhouding is beslist, daarvan in de procedure ten principale hoger beroep kan worden ingesteld als van een tussenvonnis ofwel binnen drie maanden, te rekenen vanaf de eerste roldatum. Ofwel indien de uitspraak om tussentijds appel open te stellen nadien is gedaan, binnen drie maanden. Dit dan te rekenen vanaf de dag van de uitspraak, met dien verstande dat de appellant, binnen de grenzen van artikel 332 Rv, in het hoger beroep slechts ontvankelijk zal zijn, indien de rechter in eerste aanleg deze mogelijkheid heeft geopend op een daartoe binnen dezelfde

termijn door een der partijen gedaan verzoek, waarover de wederpartij is gehoord.

In de wetsgeschiedenis is vermeld dat aan de mogelijkheid van hoger beroep tegen de deelgeschilbeschikking, voordat eindvonnis in de bodemprocedure is gewezen, behoefte kan bestaan als de beschikking een cruciale kwestie betreft die in feite bepalend is voor de afloop van de zaak. Kortom: een rechter zal bij de beoordeling van de vraag of tussentijds beroep mogelijk is tegen een deelbeschikking de criteria van artikel 1019cc lid 3 onder a afgaan, en daarnaast toetsen of de deelbeschikking en cruciale kwestie betreft die bepalend is voor de afloop van de zaak.

Toewijzing van de loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW)
HR 21 oktober 2022 ECLI:NL:HR:2022:1508

Casus en hoofdoverwegingen
Werknemer is van 4 november 2009 tot 17 juni 2019 bij Trigion in dienst geweest als beveiliger. Werknemer heeft vanaf periode 10 van 2013 tot loonperiode 1 van 2017 geen onregelmatigheidstoeslag (hierna: ORT) uitbetaald gekregen over opgenomen vakantiedagen. Werknemer vordert onder meer betaling van de ORT over de opgenomen vakantiedagen. Trigion voert onder meer aan dat de toewijzing van de loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat er sprake is geweest van een compensatie van de gemiste ORT in de Cao PB 2017. Het hof overweegt dat uit de tekst van en de toelichting op artikel 42 van de Cao PB 2017 weliswaar kan worden afgeleid dat de (additionele) structurele loonsverhoging van 0,5% diende ter compensatie voor werknemers in relatie tot de afwikkeling van het Syntro-rapport, maar niet dat deze compensatie uitsluitend of zelfs maar in het bijzonder zag op de consequenties van het nieuwe systeem van arbeidstijden en toeslagen en dus op het vervallen van betaling van ORT tijdens vakantie-uren (in de periode van oktober 2013 tot januari 2017). Het hof heeft de vorderingen toegewezen en geoordeeld dat geen sprake is van 'een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare vordering'.

In cassatie komt Trigion op tegen de wijze waarop het gerechtshof artikel 42 van de Cao PB 2017 heeft uitgelegd en het oordeel dat toewijzing van de loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad bekrachtigt de uitspraak van het gerechtshof.

Duiding
In het arbeidsrecht heeft een kentering plaatsgevonden met betrekking tot vakantieloon. Voorheen was het gebruikelijk om tijdens de vakantie alleen het basisloon uit te keren; dit was voornamelijk van grote invloed voor werknemers die werken in een branche waar er vaak op onregelmatige uren wordt gewerkt. Naar aanleiding van uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams e.a./British Airways*) en HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock/British Gas Trading Limited*)) is het duidelijk dat over vakantieloon ook de gemiddelde onregelmatigheidstoeslag moet worden betaald, aan de hand van het 'intrinsieke verbondenheid'-criterium. Toen duidelijk was dat werknemers jarenlang te weinig vakantieloon was betaald, zijn er in cao's afspraken gemaakt om deze werknemers te compenseren. In deze zaak is dat ook gebeurd, al was het niet specifiek alleen voor het mislopen van de onregelmatigheidstoeslag. Het gerechtshof vond daarom dat de loonvordering van de werknemer, die nog de onregelmatigheidstoeslag claimde, niet onaanvaardbaar was naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

E.L.H. van der Vos
Stibbe

Europees proces- en privaatrecht

JURISPRUDENTIE

Stuiting van een in de EBB-Vo gestelde termijn door een nationale maatregel
HvJ EU 15 september 2021, C-18/21, ECLI:EU:C:2022:682 (Uniqua Versicherungen AG)

Casus en hoofdoverwegingen
Verordening (EG) nr. 1896/2006[1] (hierna: EBB-Vo) waarborgt voor schuldeisers en schuldenaren in de gehele Europese Unie in beginsel gelijke voorwaarden. De EBB-Vo bepaalt in artikel 26 echter ook dat het nationale procesrecht van lidstaten van toepassing is op alle procedurekwesties die niet uitdrukkelijk door deze verordening zijn geregeld. In het *Uniqa Versicherungen AG*-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in dat verband geoordeeld dat de toepassing van een nationale maatregel in verband met de COVID-19-pandemie, waarbij de procestermijnen in burgerlijke zaken gedurende vijf weken worden gestuit, op een Europese betalingsbevelprocedure niet in strijd is met de EBB-Vo.

Feiten
In de zaak ging het om de vraag of een verweer tegen een Europees betalingsbevel tijdig was ingesteld. Op verzoek van Uniqa Versicherungen heeft de rechter in eerste aanleg een Europees betalingsbevel uitgevaardigd, dat op 4 april 2020 is betekend. Op 18 mei 2020 heeft de verweerder per brief verweer aangetekend, wat in eerste aanleg werd afgewezen omdat het niet binnen de in de EBB-Vo gestelde termijn van dertig dagen was ingediend. Paragraaf 1 lid 1 van het *COVID-19-Justiz-Begleitgesetz* (federale wet betreffende begeleidende maatregelen voor de rechtspleging in verband met COVID-19) (hierna: Oostenrijkse COVID-19-wet),

1. Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (*PbEU* 2006, L 399/1-32).

bepaalt echter dat in gerechtelijke procedures in burgerlijke zaken alle procedurele termijnen die ingingen na 21 maart 2020 of op die datum nog niet waren verstreken, werden gestuit tot 30 april 2020 en opnieuw begonnen te lopen op 1 mei 2020. In tweede aanleg werd de beslissing vervolgens op grond van deze nationale bepaling vernietigd. Uniqa Versicherungen is daartegen in hoger beroep gegaan, en aan het Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of de EBB-Vo aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een nationale regeling die tijdens de COVID-19-pandemie is vastgesteld en waarbij de procestermijnen in burgerlijke zaken gedurende ongeveer vijf weken zijn gestuit, wordt toegepast op de termijn waarin de EBB-Vo voor de verweerder voorziet om verweer aan te tekenen tegen een Europees betalingsbevel.

Arrest van het Hof van Justitie
Bij de beantwoording van de bovengenoemde vraag heeft het Hof van Justitie vooropgesteld dat de mogelijkheid om verweer te voeren tegen een Europees betalingsbevel essentieel is om de rechten van de verdediging te eerbiedigen, zoals deze zijn neergelegd in artikel 47, tweede alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Ten aanzien van de Oostenrijkse COVID-19-wet heeft het Hof van Justitie voorts geoordeeld dat deze binnen het kader van artikel 26 EBB-Vo valt en daarmee mag worden toegepast op een Europese betalingsbevelprocedure. Het Hof van Justitie heeft daarbij aangevoerd dat de nationale wet een procedureel aspect vervolledigt dat niet door de artikelen 16 en 20 EBB-Vo wordt beheerst en zowel aan het gelijkwaardigheidsbeginsel als het doeltreffendheidsbeginsel voldoet, omdat zij zonder onderscheid van toepassing is op alle procestermijnen in burgerlijke zaken en de rechten van de verweerder gegarandeerd worden zonder een snelle en efficiënte inning van de betrokken schuldvorderingen in de praktijk excessief te bemoeilijken.

Duiding
Het interessante aan dit arrest is dat het Hof van Justitie bij de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel ten eerste ervan uitgaat dat een stuiting van ruim vijf weken in dit specifieke geval als beperkte stuiting moet worden gezien en ten tweede dat dit in casu geen afbreuk doet aan de rechten van een schuldeiser omdat het evenwicht tussen de partijen blijft bestaan. In de praktijk kan dit echter in specifieke gevallen betekenen dat een schuldeiser bij de uitvoerbaarheid van een Europees betalingsbevel ook met eventuele nationale maatregelen rekening moet houden, die de verweertermijn mogelijk kunnen verlengen.

Definitie van 'aanvrager' in de zin van artikel 5 EG-betekeningsverordening
HvJ EU 2 juni 2022, C-196/21, ECLI:EU:C:2022:427 (Frais de traduction dans une procédure civile)

Casus en hoofdoverwegingen
Een rechter die gelast dat gerechtelijke stukken worden verzonden aan derden die verzoeken om toelating tot interventie in een procedure, kan niet als 'aanvrager' in de zin van Verordening (EG) nr. 1393/2007[2] (hierna: EG-betekeningsverordening) worden aangemerkt, omdat hij onpartijdig moet zijn en voor een juist evenwicht moet zorgen tussen de belangen van de aanvrager en van degene voor wie het stuk bestemd is. In dit arrest heeft het Hof van Justitie nadere handvatten gegeven voor de uitleg van de term 'aanvrager' in de EG-betekeningsverordening.

Feiten
Uitgangspunt van dit arrest is een echtscheidingsprocedure bij een Roemeens gerecht. In het kader van hoger beroep tegen het vonnis in eerste aanleg hebben familieleden van een der partijen verzocht om toelating tot interventie. Aangezien deze interveniënten hun verblijfplaats in Frankrijk hebben, hebben zij om een vertaling van de processtukken in het Frans verzocht. Partijen hebben echter geweigerd om de kosten voor de vertaling van deze processtukken voor te schieten en stelden zich op het standpunt dat de verwijzende rechter als 'aanvrager' deze kosten moet dragen. Het Roemeense gerecht wilde vervolgens weten of artikel 5 lid 2 EG-betekeningsverordening aldus moet worden uitgelegd dat de rechter die gelast dat gerechtelijke stukken worden verzonden aan derden die hebben verzocht om toelating tot interventie in de procedure, als 'aanvrager' in de zin van die bepaling moet worden aangemerkt en daarmee ook de kosten voor de vertaling van deze processtukken moet dragen.

Arrest Hof van Justitie
Er moet voorop worden gesteld dat de EG-betekeningsverordening geen definitie van het begrip 'aanvrager' bevat. Het Hof van Justitie benadrukt dan ook dat de EG-betekeningsverordening moet worden uitgelegd in het licht van de context en de doelstellingen ervan alsook volgens de teleologische uitleg. Daarbij verwijst het Hof van Justitie naar het onderscheid dat in de bewoordingen van de bepaling zelf wordt gemaakt tussen de aanvrager en de bevoegde rechter of autoriteit in de lidstaat van herkomst bij wie de zaak aanhangig is.

Voorts verwijst het Hof van Justitie naar zijn eerdere jurisprudentie met betrekking tot de EG-betekeningsverordening, waarin wordt benadrukt dat de rechter voor een evenwichtige bescherming van de respectievelijke rechten van de betrokken partijen moet zorgen (zie HvJ EU 16 september 2015, C-519/13, ECLI:EU:C:2015:603 (*Alpha Bank Cyprus*)).

2. Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken), en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad (*PbEU* 2007, L 324/79-120).

Tevens volgt uit het commentaar in het toelichtend verslag bij artikel 5 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), waarvan de bewoordingen in wezen identiek zijn aan die van artikel 5 lid 2 EG-betekeningsverordening immers dat '[o]nder "aanvrager" […] steeds [wordt] verstaan de partij die belang heeft bij de toezending van het stuk, en dus niet de rechterlijke instantie'.

Duiding
Dit arrest laat de grenzen zien van de term 'aanvrager' in de EG-betekeningsverordening, die door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak zijn ontwikkeld en uit de wet en de wetsgeschiedenis volgen. Door de benadering van her Hof van Justitie wordt de onpartijdigheid gewaarborgd van een rechter die gelast dat gerechtelijke stukken worden verzonden aan derden die verzoeken om toelating tot interventie in de procedure.

A. Broek
Van Diepen Van der Kroef

inhoudsopgave 2022

Redactioneel

Ahsmann, M.J.A.M., Wie is uw rechter anno 2022? Over de samenwerkende rechter, delegatie en de Inloopkamer / **1**
Boeder, O., De Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten aan consumenten geeft onvoldoende duidelijkheid / **69**
Heuving, J.C., Een limiet aan de lengte van processtukken in hoger beroep: zo eenvoudig ligt het niet / **111**
Jacobs, W.A., Het appelprocesrecht: hordeloop in toga. Over de moeilijkheden, vereenvoudiging en de Experimentenwet / **189**
Jongbloed, A.W., Dwangsommen: het blijft een lastige materie / **37**
Verkijk, R., Hoe incasseren advocaten? / **155**

Artikelen

Burgerlijk procesrecht

Basten Batenburg, M.J. van, Serie: De procespraktijk en het wapen van cassatie, deel 2
De zorgplicht van de feitenadvocaat / **195**
Beenders, D.J. en T.D.A. Kluwen, De ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA: de beperkte conclusie van antwoord en het vonnis / **125**
Jacobs, W.A., Serie: De procespraktijk en het wapen van cassatie, deel 1
Cassatie: introductie op een bijzondere procedure / **162**
Jongbloed, A.W., Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over huurkorting vanwege coronamaatregelen / **6**
Nijenhuis, J., Formele problemen rond de tenuitvoerlegging van een opgelegde dwangsom / **122**
Ploum, M.J.R., Matiging van verbeurde dwangsommen / **82**
Pulles, G.J.W., Doelmatig procederen – een gedragsrechtelijke blik / **75**
Steenberghe, H.M.M., Regie op schikking: de actieve rechter in een bemiddelende rol / **12**
Theunis, D.C., Je krijgt de schade niet cadeau. Over aannemelijkheid van schade en over de vaststelling van schade door de rechter (instructie, schatten en verwijzen naar een schadestaatprocedure) / **45**
Verkijk, R., Inleiding: moderne bewijslevering door videobeelden / **202**
Visser, W.A., Wanneer heeft een handelszaak een 'internationaal karakter'? / **115**

Europees recht

Stuij, S., De herschikking van de Bewijsverordening en de Betekeningsverordening / **214**

Procesrecht

Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (V) / **19**
Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (VI) / **51**
Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak(VII) / **89**
Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (VIII) / **133**
Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (IX) / **170**
Jongbloed, A.W., Corona blijft invloed houden op de rechtspraak (X) / **209**

Boeken

'Te doen gerechtigheid': bespiegelingen bij de oratie van mr. K. van der Kraats, *door R.J.M. Cremers* / **223**
K.G.F. van der Kraats, *Het civiele procesrecht als struikelblok. Over de rechtsbescherming van mensen zonder juridische kennis*, Den Haag: Boom juridisch 2022, 50 pagina's, ISBN 978-94-6212-6718, € 27,50, *door J. Hoevenaars* / **221**
R.L. Herregodts & M.L. Batting (red.), *Handboek tuchtrecht, door A.W. Jongbloed* / **96**
Mr. S. Boekman, bewerkt door F.A.W. Bannier en N.A. de Leon-van den Berg, *Advocatentuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2021, 306 pagina's, € 27,06 (excl. btw), ISBN: 9789013158052, *door D.C. Theunis* / **23**