

Kroniek

Spiedprocedures

1 Inleiding

De laatste kroniek Spiedprocedures in *TCR* is verschenen in 2008. Dit betekent dat in deze kroniek een flinke periode dient te worden overbrugd en een groot aantal zaken interessant zou kunnen zijn. Dat vereist dus een strenge selectie. In deze kroniek heb ik mij op acht onderwerpen gericht waar in de jurisprudentie van de afgelopen jaren een bepaalde – voor de praktijk relevante – trend is waar te nemen.

2 Het kort geding in cijfers

Eerst enkele cijfermatige achtergronden, waarbij ik enkel het kort geding onder de loep neem.¹ Het totaal aantal kortgedingzaken was in de afgelopen jaren nog steeds aanzienlijk. In de periode 2005-2016 werden bij de sectoren civiel en kanton tezamen jaarlijks gemiddeld circa 22.000 kort gedingen ahangig gemaakt. In die periode heeft wel een daling van het aantal kort gedingen plaatsgevonden. Bij de sector civiel werden 13.906 kort gedingen geëntameerd in 2005, waarna het aantal opliep tot 15.186 in 2009, maar in de jaren daarna daalde tot 11.648 in 2016. Bij de sector kanton is een scherpe daling waarneembaar. In 2005 werden bij de sector kanton 12.490 kortgedingzaken ahangig gemaakt, in 2016 waren dat er bij de sector kanton nog maar 7332.²

Interessant is verder het percentage zaken dat daadwerkelijk eindigt met een eindvonnis op tegenspraak. In beide sectoren civiel en kanton is in de periode 2005-2016 een stijging zichtbaar. Bij de sector civiel steeg dit aantal van 45 procent in 2005 naar 53 procent in 2016. Bij de sector kanton liep dit percentage op van 36 procent in 2005 tot 43 procent in 2015, met een plotselinge daling tot 36 procent in 2016.³

Tot slot nog iets over de gemiddelde doorlooptijd van een kort geding op tegenspraak dat eindigt met een vonnis. Bij de sector kanton steeg deze licht. In 2005 was de doorlooptijd gemiddeld vier weken, in 2016 gemiddeld zes weken. Bij de sector civiel is een lichte daling zichtbaar. In de periode 2005-2008 was sprake van een doorlooptijd van gemiddeld zeven weken, in de jaren 2009-2016 was deze gemiddeld zes weken.⁴

1. De provisionele vordering ex art. 223 Rv (zie par. 8) blijft in deze mathematische analyse buiten beschouwing.
2. Zie tabel 4.1, te vinden in de tabellen Rechtspleging Civiel en Bestuur 2016, Civiele rechtspraak, gepubliceerd door het WODC op www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/.
3. Zie tabel 4.2 en 4.3 Civiele rechtspraak 2016, gepubliceerd op www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/.
4. Zie tabel 4.9 Civiele rechtspraak 2016, gepubliceerd op www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/.

3 Kort geding ten opzichte van arbitraal beding en enquêteprocedure

In de verslagperiode zijn verschillende kortgedinguitspraken verschenen waarin een voorzieningenrechter iets heeft moeten zeggen over zijn of haar bevoegdheid in zaken waar ook arbitrage was overeengekomen. De lijn in de jurisprudentie is betrekkelijk eenduidig. Deze houdt kort gezegd in dat op grond van art. 1022-1022c Rv, en in geval van arbitrage buiten Nederland art. 1074-1074d Rv, de gang naar de voorzieningenrechter niet wordt geblokkeerd door een arbitraal beding, tenzij (a) een van de partijen een beroep doet op de vermeende onbevoegdheid van de gewone rechter en (b) de voorzieningenrechter tot de conclusie komt dat de gevraagde voorziening net zo goed – en met dezelfde voortvarendheid – in een arbitrage zou kunnen worden bemachtigd.⁵

Ik wijs ten eerste op de uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter inzake *Cygne/COFCO*.⁶ In deze zaak stelden gedaagden dat vanwege een toepasselijk arbitraal beding eiseres had moeten kiezen voor een *emergency arbitration* in plaats van de gang naar de gewone rechter. Door eiseres Cygne werd gesteld dat de door gedaagden bedoelde *emergency arbitration* hoogstens zou kunnen leiden tot een *order*, die niet in onze jurisdictie ten uitvoer zou kunnen worden gelegd. Een *order* is iets anders dan een *award*. De voorzieningenrechter besliste anders. Zij concludeerde dat ook een *order* kon worden aangemerkt als een arbitraal vonnis en hanteerde het *substance over form*-beginsel. Snelheid kon volgens de voorzieningenrechter ook niet het probleem zijn, want de *emergency arbitrator* is in beginsel verplicht binnen vijftien dagen nadat hij het dossier heeft ontvangen uitspraak te doen. Hoewel de naam *order* wellicht duidt op een procedurele maatregel in plaats van een vonnis, is de inhoud van de maatregel doorslaggevend. Als deze inhoud bestaat uit iets te doen of na te laten, gaat het om een arbitraal vonnis in de zin van art. 1043b lid 4 Rv en staat volgens de voorzieningenrechter de gang naar *emergency arbitration* open.

5. Zie hierover T. Schouten & L. Stevens, 'Het tijdigheidsvereiste van art. 1022c en art. 1074 Rv in het kort geding', *TvA* 2016/25, L.C.M. Berger & S.M. Campmans, 'Kort geding en arbitrage', *Bb* 2017/16, A.D. Josephus Jitta, 'Toegang tot de voorzieningenrechter in kort geding ondanks arbitragebeding', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 175-184 en E. Gras & W. de Clerck, 'Tweeluik: arbitrage buiten Nederland, en de vraag naar voorlopige voorzieningen bij de Nederlandse rechter', in: W. de Clerck & E. Gras (red.), *Groots perspectief. Opstellen aangeboden aan mr. drs. T.D. de Groot*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 31-60.
6. Rb. Amsterdam 12 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:282, waarover ook H. Koster, 'Procedure bij de voorzieningenrechter of emergency arbitration', *Bb* 2018/45.

Een van de relevante factoren is dus binnen welke termijn de maatregel zo nodig ook in een arbitrageprocedure zou kunnen worden bemachtigd. Het ligt op de weg van de gedaagde inzichtelijk te maken hoeveel tijd met de benoeming, de behandeling en de beslissing in de arbitrageprocedure zal zijn gemoeid.⁷ Daartoe zal de gedaagde concrete handvatten moeten bieden. Is nog geen arbitrageprocedure aanhangig gemaakt, dan kan dat een reden zijn dat een arbitrale procedure niet voortvarend genoeg wordt geacht. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 september 2015.⁸ De voorzieningenrechter nam in die zaak bevoegdheid aan omdat niet de overtuiging bestond dat een kantonrechter, die de arbiters zou moeten benoemen, hiertoe met de vereiste voortvarendheid in staat zou zijn.⁹ Een arbitraal beding belet overigens niet dat een partij een inzagekortgeding start bij de gewone rechter (art. 1022b Rv).¹⁰

Interessant is ook de verhouding tussen de enquêteprocedure en het kort geding. In *Avinco*¹¹ is tussen partijen eerder een enquêteprocedure gevoerd. In die context waren volgens de Ondernemingskamer terechte bezwaren naar voren gebracht. Tegelijkertijd vond de Ondernemingskamer dat een enquête het probleem niet zou wegnemen. De slotsom in de enquêteprocedure was dat een onderzoek niet opportuun zou zijn. De Ondernemingskamer had wel een onmiddellijke voorziening (overdracht van aandelen ten titel van beheer) getroffen, maar deze verviel van rechtswege omdat het niet tot een enquête kwam. De verzoekende partij in de enquêteprocedure heeft vervolgens aan de voorzieningenrechter gevraagd de eerder door de Ondernemingskamer getroffen voorziening te treffen en ook een tijdelijk bestuurder te benoemen. De voorzieningenrechter wees de vorderingen toe, reïncarneerde de voorziening die de Ondernemingskamer had getroffen en implementeerde ook de nieuwe. Voor zover mij bekend is dit de eerste keer dat in kort geding de overdracht van aandelen ten titel van beheer is bewerkstelligd.

Een tweede uitspraak waarin de samenhang tussen een kort geding en een enquêteprocedure aan de orde was, betreft het kortgedingvonnis van de Rechtbank Gelderland van 31 augustus 2017.¹² Het ging om een aandeelhoudersconflict en flink verstoorde verhoudingen bij Verf & Glas en Projecten. Er was sprake van een gespannen situatie binnen de vennootschappen, maar de voorzieningenrechter zag geen aanleiding acuut een einde te maken aan het aandeelhouderschap van een van de betrokken partijen. De voorzieningenrechter intervenieerde echter wel. In afwachting van een uitspraak van de Onder-

nemingskamer schorste de voorzieningenrechter het stemrecht van een van de aandeelhouders, werd deze aandeelhouder als bestuurder van de vennootschappen geschorst, en werd ook een concurrentieverbod opgelegd.

4 Afstemmingsregel

Het is sinds het *Varkenshouder*-arrest¹³ vaste rechtspraak dat de rechter die in kort geding moet beslissen op een vordering nadat een bodemrechter reeds een vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, zijn vonnis in beginsel moet afstemmen op het eerdere oordeel van de bodemrechter. Daarbij maakt het niet uit of het oordeel in de bodemzaak is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, slechts in de overwegingen terugkomt of uitdrukkelijk in het dictum staat.¹⁴ Ook is niet bepalend of dit vonnis inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan. Als een rechtsmiddel is ingesteld, mag de voorzieningenrechter de kans van slagen daarvan niet bij zijn oordeel betrekken. De gedachte achter de zogenoemde afstemmingsregel is dat in een op tegenspraak gevoerde civiele bodemzaak, anders dan in een kort geding, een rechtsverhouding bindend kan worden vastgesteld. Dat eventueel nog een rechtsmiddel openstaat, maakt dat niet anders.¹⁵ In de periode die deze rubriek beslaat, zijn verscheidene uitspraken geweest waarbij de afstemmingsregel aan de orde was. De meest interessante zien op de reikwijdte ervan.¹⁶ De praktijk is, als altijd, weerbarstig. Ik wijs allereerst op de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Yukos/Promneftstroy*.¹⁷ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de afstemmingsregel ook toepassing vindt indien niet exact dezelfde partijen tegenover elkaar staan of precies dezelfde rechtsvraag in de bodemzaak en in het daaropvolgende kort geding aan de orde is. Als sprake is van zodanige samenhang of voldoende verwantschap – materieel gaat het om hetzelfde feitencomplex – volgt afstemming. In *Glaxo/Sandoz*¹⁸ paste Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de afstemmingsregel toe op een buitenlands vonnis, gewezen door de Rechtbank Brussel, waarbij niet exact dezelfde partijen waren betrokken als in het kort geding.¹⁹

Moet de afstemmingsregel ook worden toegepast als het niet gaat om een oordeel van de civiele bodemrechter? De Hoge Raad oordeelde dat dit het geval is wanneer in kort geding de rechtmatigheid van een bestuursbesluit een rol speelt en daarover eerder uitspraak is gedaan door de bestuursrechter, waar-

7. Rb. Amsterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:375.

8. Rb. Rotterdam 18 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6878.

9. Zie voorts Rb. Amsterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2110, Rb. Rotterdam 7 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5907 en Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6959.

10. Zie Rb. Amsterdam 13 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9305.

11. Rb. Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, *JOR* 2018/118, m.nt. P.J. van der Korst.

12. Rb. Gelderland 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4919, *JOR* 2018/34, m.nt. M. Holzer.

13. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, *NJ* 2001/407, m.nt. H.J. Sniijders (*Staat/NVV c.s.*).

14. Er moet wel sprake zijn van een inhoudelijke beoordeling. De voorzieningenrechter is niet gebonden aan de geldigheid van een cessie als de bodemrechter vorderingen tot nietigverklaring en vernietiging van die cessie op niet-inhoudelijke gronden heeft afgewezen. Zie Rb. Oost-Brabant 8 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:591.

15. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266, m.nt. J.W. Zwemmer (*Staat/X*).

16. Zie verder nog HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9018, *NJ* 2013/199, m.nt. L. Strikwerda (*H&M/G-Star*).

17. HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015, *NJ* 2011/304, m.nt. H.B. Krans.

18. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4622.

19. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6609.

tegen een rechtsmiddel is ingesteld.²⁰ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ging echter niet zo ver dat de voorzieningenrechter zich moest richten naar het oordeel van de strafrechter (de Noordelijke Fraudekamer) over een door het OM gelegd beslag. Het oordeel van de Fraudekamer is namelijk geen resultaat van een contradictoir gevoerde procedure tussen de in het kort geding betrokken partijen en daarmee niet op één lijn te stellen met het oordeel van de civiele bodemrechter.²¹

Van belang is ook het arrest *Sun/Novartis*,²² waarin de Hoge Raad bepaalde dat de afstemmingsregel alleen voor de feitenrechter geldt en niet voor hemzelf. De aard van de cassatieprocedure – waarin alleen plaats is voor rechts- en motiveringsklachten en niet voor een feitenonderzoek – staat aan toepassing van de afstemmingsregel in de weg.

De afstemmingsregel kan blijkens lagere rechtspraak wel worden toegepast bij incidentele vorderingen, als deze grote gelijkheid vertonen met een vordering in kort geding.²³

De uitzondering bevestigt de regel. Zie wederom *Yukos/Promneftstroy*. Bekend is dat een kennelijke mislag in het bodemvonnis grond kan opleveren voor het buiten toepassing laten van de afstemmingsregel, mits spoed vereist dat een beslissing op een daartegen aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht.²⁴ Dat ook een andere uitspraak mogelijk was geweest, betekent niet dat sprake is van een mislag.²⁵ Blijkens *Yukos/Promneftstroy* is ook een tweede uitzondering op deze regel mogelijk. De Hoge Raad overwoog dat de afstemmingsregel ook buiten toepassing blijft indien sprake is van nova van dien aard dat aangenomen moet worden dat als de bodemrechter daar kennis van zou hebben gehad, deze rechter tot een andere beslissing zou zijn gekomen. Wellicht kan dit voor de uitvoerbaarverklaring bij voorraad anders zijn. Volgens het Gerechtshof Amsterdam mocht een voorzieningenrechter zijn uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaren, ook al had de bodemrechter dat niet gedaan, ongeacht of nieuwe feiten waren aangevoerd. In de bodemprocedure was namelijk onvoldoende gesteld voor toewijzing van de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad en was er door partijen niet over gedebatteerd.²⁶

5 Executies en dwangsommen

In de verslagperiode is veelvuldig in kort geding beslist op geschillen die verband houden met executies en dwangsomverplichtingen. Allereerst een uitspraak van het Gerechtshof Arn-

hem-Leeuwarden van 2 april 2013.²⁷ In deze zaak poogde een partij die werd geconfronteerd met een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis de executie te schorsen via een executiekortgeding. Die poging strandde. Vervolgens probeerde deze partij het nog eens door op de voet van art. 351 Rv het hof te verzoeken de uitvoerbaarverklaring bij voorraad te schorsen. Het hof ging daar niet in mee. Het hof overwoog dat in wezen dezelfde vordering tot tweemaal toe aan een rechter zou worden voorgelegd zonder dat daarvoor een deugdelijke rechtvaardiging geldt. In zijn lezenswaardige noot bij deze uitspraak plaatst Venhuizen enkele stevige kanttekeningen bij dit arrest. Hij wijst erop dat in beide procedures verschillende beoordelingscriteria gelden, zodat het *ne bis in idem*-karakter niet aanwezig is. Verder wijst Venhuizen erop dat Nederlands recht geen basis biedt voor een omgekeerde afstemmingsregel die inhoudt dat het hof als bodemrechter zou zijn gebonden aan een eerdere kortgedinguitspraak. Omgekeerd is dit wel het geval. In deze zaak kan aan de uitkomst van het executiekortgeding waarde worden gehecht, maar van noodzakelijke afstemming voor de bodemrechter is geen sprake.

Geregeld doet zich de vraag voor bij welke rechter een vordering met betrekking tot een dwangsom moet worden ingesteld: de dwangsomrechter of de executierechter? De dwangsomrechter is de rechter die op grond van art. 611a Rv een dwangsom oplegt en ook ingevolge art. 611d Rv de bevoegdheid heeft deze op te heffen, en de looptijd ervan op te schorten of te verminderen als de geëxecuteerde de dwangsom niet kan voldoen. De executierechter (vaak de voorzieningenrechter) kan op de voet van art. 438 Rv de overige tenuitvoerleggingsvragen beoordelen, zoals de voorwaarden waaronder de dwangsom is verschuldigd. Dit onderscheid is in de praktijk echter niet altijd zo gemakkelijk te maken.²⁸ Zie in dit verband een uitspraak van de Hoge Raad van 22 september 2017.²⁹ In deze zaak was sprake van een deurwaarderskortgeding, waarin de vraag speelde of de geëxecuteerde dwangsommen had verbeurd. Aanleiding was dat nadat het hofarrest door de deurwaarder aan de geëxecuteerde was betekend, een schuldeiser van de executant ten laste van de executant derdenbeslag legde onder de geëxecuteerde. Daarop stelde de geëxecuteerde zich op het standpunt dat hij geen uitvoering aan het hofarrest kon geven omdat de prestatie waar het om ging (afgifte van roerende zaken), werd geblokkeerd door het beslag. Het hof oordeelde dat de geëxecuteerde wel degelijk dwangsommen had verbeurd, maar de Hoge Raad was het daar niet mee eens. De Hoge Raad overwoog dat het hier gaat om een verhindering in de nakoming door de schuldenaar vanwege een beletsel dat is opgekomen aan de zijde van – en ook toerekenbaar is aan – de

20. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, *NJ* 2015/266, m.nt. J.W. Zwemmer (*Staat/X*).

21. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:504.

22. HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:692, *NJ* 2017/296, m.nt. D.W.F. Verkade (*Sun/Novartis*).

23. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2340 en Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1605.

24. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, *NJ* 2001/407, m.nt. H.J. Sniijders (*Staat/NVV c.s.*) en HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, *NJ* 2007/483, m.nt. H.J. Sniijders (*Bijl/Van Baalen*).

25. Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2017.

26. Hof Amsterdam 30 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3595.

27. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6307, *JBPR* 2013/48, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

28. Zie recentelijk bijv. Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1771, Hof Amsterdam 12 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5155 en Rb. Noord-Holland 15 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5563, *JBPR* 2016/70, m.nt. A.W. Jongbloed.

29. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2455, *JOR* 2017/336, m.nt. E.M. Loesberg, *JBPR* 2018/15, m.nt. A.W. Jongbloed met verwijzingen naar andere uitspraken over dit onderwerp.

schuldeiser. Sprake is van schuldeisersverzuim ex art. 6:58 BW. Gedurende dit verzuim is de schuldeiser niet bevoegd te executeren. Als gevolg is volgens de Hoge Raad ook de veroordeling waaraan een dwangsom is verbonden niet vatbaar voor tenuitvoerlegging en worden geen dwangsommen verbeurd. Dit oordeel valt buiten de reikwijdte van art. 611d Rv en de exclusieve bevoegdheid van de dwangsomrechter. Het gaat immers niet om de onmogelijkheid van betaling van de dwangsom, maar om de daaraan voorafgaande vraag of de schuldeiser in de relevante periode wel mocht executeren, aldus de Hoge Raad. Verwezen wordt ook naar het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2015,³⁰ waarin de Hoge Raad oordeelde dat het erom gaat of de veroordeelde sinds de uitspraak redelijkerwijs al het mogelijke heeft gedaan om aan de veroordeling te voldoen. In deze zaak stond de verhouding tussen de dwangsomrechter en de executierechter niet op de voorgrond, maar in cassatie werd nog wel betoogd dat het hof was voorbijgegaan aan de gevolgen die zijn verbonden aan het mogelijk verbeuren van de dwangsommen door eiser. Beoordeling van dergelijke gevolgen komt echter niet aan de dwangsomrechter toe, maar aan de rechter die in een executiegeschil onderzoekt in hoeverre de veroordeelde heeft voldaan aan de hoofdveroordeling, aldus de Hoge Raad.

6 Exhibitie

Het exhibitiekortgeding kan niet in deze kroniek ontbreken. Gedurende de verslagperiode is veel geprocedeerd over bewijsbeslag en bewijsgaring. Veel van deze uitspraken zien op de inhoudelijke vereisten voor inzage en bewijsbeslag.³¹ In deze kroniek beperk ik mij tot de uitspraken die processueel interessant zijn. Een belangrijk arrest voor de praktijk is *Abu Dhabi/ABN AMRO*.³² In deze kwestie stond de vraag centraal of exhibitie van bescheiden kon worden verlangd in verband met een bodemprocedure die niet in Nederland aanhangig was en naar verwachting ook niet in Nederland aanhangig zou worden gemaakt. Het hof beantwoordde deze vraag ontkenkend. De Hoge Raad was het daar niet mee eens. Uit de tekst van art. 843a Rv en uit de totstandkomingsgeschiedenis daarvan vloeit niet voort dat de bodemzaak, in het kader waarvan de exhibitie wordt verzocht, in Nederland dient te lopen of zal gaan lopen. Meer in het algemeen volgt uit de tekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 843a Rv dat over de rechtsbetrekking waaromtrent exhibitie van bescheiden wordt verlangd een procedure aanhangig is of zal worden gemaakt.

Een andere beperking die door de Hoge Raad niet werd geaccepteerd, was de voorwaarde dat voor een exhibitiekortgeding alleen plaats is indien de bodemprocedure nog niet aanhangig is. In *DB Schenker/ProRail* had ProRail in kort geding gevorderd dat DB Schenker een afschrift zou afgeven van een bron-document. DB Schenker was hiertoe al eerder veroordeeld in de parallel lopende bodemprocedure, maar had aan deze verplichting niet voldaan. De voorzieningenrechter wees de vordering van ProRail toe. Dit oordeel werd bevestigd in hoger beroep. In cassatie werd tevergeefs betoogd dat voor een exhibitiekortgeding geen plaats is tijdens een lopende bodemprocedure. Een dergelijke beperking heeft volgens de Hoge Raad³³ geen basis in de tekst van art. 843a Rv of de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.

In twee arresten van 13 juli 2012³⁴ heeft de Hoge Raad beslist dat een vonnis waarin in een lopende procedure wordt geoordeeld op een exhibitievordering, wordt aangemerkt als een tussenvonnis waarop art. 337 lid 2 Rv van toepassing is. Een dergelijk vonnis is geen eindvonnis waarmee in het dictum een einde wordt gemaakt omtrent enig deel van de rechtsvordering die inzet is in het geding. Dat betekent dus dat tussentijds beroep niet mogelijk is als een exhibitievordering als incidentele vordering wordt ingesteld, tenzij de rechter daarvoor toestemming geeft. Ook in deze zaak vond de Hoge Raad dat argumenten als onomkeerbaarheid en impact van de gevolgen van toewijzing van een exhibitievordering mee kunnen spelen bij de inhoudelijke afweging van de rechter, maar niet voldoende zijn om tussentijds hoger beroep als regel open te stellen.

Verder is relevant de toetsing van het spoedeisend belang in een exhibitiekortgeding. Daar blijken niet alle rechters hetzelfde over te denken. Niet altijd wordt expliciet het spoedeisend belang getoetst. Wordt dat wel gedaan, dan wordt spoedeisendheid zeker niet altijd aangenomen. Redenen daarvoor zijn onder meer: (1) de stukken zijn al eerder buiten de rechter om opgevraagd en tijdens de mondelinge behandeling in kort geding is de reactie van de wederpartij nog niet bekend en de reactietermijn nog niet verstreken;³⁵ (2) er is reeds een bodemprocedure of arbitrageprocedure aanhangig gemaakt waarin de stukken kunnen worden opgevraagd, terwijl er geen risico bestaat dat deze verloren gaan en onvoldoende aannemelijk is gemaakt waarom deze procedure niet kan worden afgewacht;³⁶ of (3) in een eventuele bodemprocedure kan altijd nog een nieuwe 843a-vordering worden ingesteld.³⁷ In een belangrijke uitspraak inzake het faillissement van Imtech oor-

30. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396, *JBPR* 2015/30, m.nt. A.W. Jongbloed.

31. Zie voor wat HR-uitspraken betreft bijv. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek/Begeer c.s.*) (bewijsbeslag ook buiten IE-zaken mogelijk), HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, *NJ* 2016/50, m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser (*Alphense schietincident*), HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643 (*Synthon/Astellas*), HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*), HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2518 (*Pretium/AVROTROS*) en HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365.

32. HR 8 juni 2012, *NJ* 2013/286, m.nt. H.B. Krans, *JOR* 2013/60, m.nt. P.E. Ernste onder *JOR* 2013/61 (*Abu Dhabi/ABN AMRO*).

33. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6111, *NJ* 2013/107 (*DB Schenker/ProRail*).

34. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3263, *NJ* 2013/287 (*ABN Amro/X*) en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, *NJ* 2013/288, m.nt. H.B. Krans (*Koedjikov c.s./Optiver Holding*).

35. Rb. Den Haag 7 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6821.

36. Rb. Overijssel 21 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4806 (reeds arbitrage aanhangig) en Rb. Den Haag 7 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6821 (reeds appel- en OK-procedure aanhangig).

37. Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2732.

deelde het Gerechtshof Amsterdam dat een voortvarende afwikkeling van het oorzakenonderzoek door de curatoren in een dergelijk groot faillissement geen spoedeisend belang meebrengt. Ook de mogelijke verjaring van een tuchtklacht tegen KPMG vormt geen spoedeisend belang, aldus het hof.³⁸ Een ander geluid is te horen van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland. Hij oordeelde dat in het geval van een exhibitiekortgeding geen hoge eisen aan het spoedeisend belang kunnen worden gesteld. Deze vordering verschilt immers niet wezenlijk van andere vorderingen tot voorlopige bewijsverrichtingen. Aangenomen moet daarom worden dat in beginsel uit de aard van de vordering op grond van art. 843a Rv voortvloeit dat voldoende spoedeisend belang bestaat, aldus de voorzieningenrechter.³⁹ Het is de vraag of veel van de aangevoerde redenen voor het afwijzen van een spoedeisend belang niet eerder zien op het vereiste van een rechtmatig belang als bedoeld in art. 843a Rv⁴⁰ of het meer algemene belang van art. 3:303 BW.⁴¹ De benadering van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland lijkt in elk geval meer in overeenstemming met het gewijzigde art. 843a Rv dat de wetgever voor ogen staat, waarover hierna meer.

Een laatste recente beslissing om op deze plek te bespreken betreft die van het Gerechtshof Amsterdam. Aangevoerd was dat geen sprake was van een rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv omdat de rechtsvordering zou zijn verjaard. Het hof oordeelde dat met de verjaring geen einde komt aan de rechtsbetrekking, en dat bovendien in kort geding niet kan worden vastgesteld of de verjaringsvraag in een bodemprocedure uiteindelijk relevant zal zijn. Dat oordeel is aan de bodemrechter.⁴²

In het kader van deze kroniek is het nog aardig te vermelden dat de wetgever onlangs het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht ter internetconsultatie heeft aangeboden.⁴³ Dit wetsvoorstel is in grote mate gebaseerd op het adviesrapport van de Expertgroep onder voorzitterschap van A. Hammerstein.⁴⁴ Het houdt, voor zover hier relevant, een make-over in van art. 843a Rv en gelijkgeschikking van de criteria van dat artikel met die van de andere voorlopige bewijsverrichtingen. Zo geldt bijvoorbeeld voor alle voorlopige bewijsverrichtingen, dus ook de exhibitievordering, (alleen)

het vereiste van 'geen belang, geen actie' van art. 3:303 BW. In het wetsvoorstel is voorzien in twee manieren om inzage in rechte af te dwingen: via een verzoek voorafgaand aan de procedure en via een verzoek tijdens de procedure. Het wordt ook mogelijk één verzoek te doen tot het uitvoeren van verschillende voorlopige bewijsverrichtingen. In het wetsvoorstel wordt echter niet duidelijk of deze wijzigingen gevolgen hebben voor de huidige route van het exhibitiekortgeding.

7 Proceskosten na intrekking kort geding

Gedurende de verslagperiode is een aantal relevante uitspraken gewezen over hoe om te gaan met een intrekking van het kort geding, waarna de gedaagde een proceskostenveroordeling nastreeft. Ten eerste het arrest *Wieland/GLA*.⁴⁵ Het betreft een prejudiciële beslissing op vragen van de voorzieningenrechter waarin de Hoge Raad een serie belangrijke procesrechtelijke uitgangspunten voor het kort geding formuleert. De Hoge Raad geeft aan dat enkele basisregels uit Rechtsvordering volgens de wet van toepassing zijn, maar benadrukt dat het kort geding een eigen karakter heeft, gekenmerkt door een flexibele, snelle en efficiënte afdoening van het geschil. De procedureregels in kort geding zijn weliswaar geënt op de wettelijke regeling van de bodemprocedure, maar wijken daar in diverse opzichten van af. De basisregels rond aanhangigheid en afstand van instantie zijn dan ook niet rechtstreeks op het kort geding in eerste aanleg van toepassing. Wel op het kort geding in hoger beroep, omdat dit een behandeling op de rol kent.

Vervolgens zet de Hoge Raad uiteen hoe om te gaan met de situatie dat eiser in kort geding de zaak intrekt, maar de gedaagde het geding desondanks doorgang wil laten vinden omdat hij een beslissing van de voorzieningenrechter omtrent de proceskosten verlangt. De Hoge Raad geeft aan dat na intrekking de aanhangigheid niet komt te vervallen, mits de gedaagde binnen een bepaalde periode voortzetting van het geding voor de proceskostendiscussie verzoekt, waarna het aan de voorzieningenrechter is te bepalen of daartoe een mondelinge behandeling zal worden gelast of de zaak schriftelijk zal worden afgedaan. Als partijen het na aanhangig maken van de zaak eens worden over de hoofdvordering maar niet over de proceskosten, kan eiser ter zitting verschijnen en de hoofdvordering intrekken, zodat alleen de vordering ten aanzien van de proceskosten ter beoordeling overblijft. Tegen het kortgedingvonnissen inzake de proceskosten kan hoger beroep worden ingesteld, waarbij art. 332 Rv van overeenkomstige toepassing is.

Het intrekken van een kort geding en een voortgezette discussie over de proceskosten blijven weerbarstige materie, blijkt uit rechtspraak verschenen na *Wieland/GLA*. In een recente zaak voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam werd het geding een dag voor de zitting ingetrokken, omdat volgens eiseres (1) nader onderzoek naar de authenticiteit van een tot dan toe bij haar onbekende vaststellingsovereenkomst nodig was en (2) dergelijk onderzoek binnen de context van het kort geding niet zou kunnen plaatsvinden. De voorzienin-

38. Hof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:54, *JOR* 2018/107, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *OR* 2018/91, m.nt. L. in 't Veld. Deze uitspraak is ook interessant vanwege de geheimhoudingsplicht van de AFM en het afgeleid verschoningsrecht van de accountants die aan een exhibitieplicht van KPMG in de weg stonden.

39. Rb. Gelderland 26 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2856.

40. Zie ook Rb. Rotterdam 8 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2641, die beide belangen over één kam lijkt te scheren: 'Gelet op het voorgaande is niet gebleken van een rechtmatig of spoedeisend belang (...)'

41. Zie Rb. Overijssel 24 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2103 en Rb. Den Haag 7 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6821.

42. Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1232.

43. Zie www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht.

44. A. Hammerstein, R.H. de Bock & W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht* (advies van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht uitgebracht aan de minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017), Den Haag: Boom juridisch 2017.

45. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, *NJ* 2018/56, m.nt. H.J. Sniijders, *JBPR* 2016/62, m.nt. E.M. Loesberg (*Wieland/GLA*).

genrechter overwoog dat in de reden van intrekking ligt besloten dat eiseres na aanhangig maken van het kort geding tot de conclusie was gekomen dat, gelet op het verweer, de vordering zou worden afgewezen. Dat was reeds voldoende reden om te concluderen dat de proceskostenveroordeling ten laste van eiseres passend is.⁴⁶

In een kort geding voor de kantonrechter bij de Rechtbank Gelderland was eveneens sprake van het intrekken van het geding daags voor de zitting, vanwege producties die gedaagde kort ervoor had ingebracht. Daarop heeft de gedaagde de voorzieningenrechter verzocht eiseres in de proceskosten te veroordelen. De voorzieningenrechter verwijst wederom naar *Wieland/GLA* en stelt partijen in de gelegenheid zich schriftelijk uit te laten over dit verzoek. Na kennisname van de schriftelijke standpunten over en weer wijst de voorzieningenrechter vonnis, voor zover uit de uitspraak is op te maken zonder daartoe eerst een mondelinge behandeling te hebben gelast. De voorzieningenrechter stelt allereerst vast dat hij niet meegaat in het betoog dat de intrekking van het kort geding verband zou houden met de producties. Die producties bevatten niet zodanige informatie dat op basis daarvan eiseres het kort geding *an sich* achterwege zou hebben gelaten. Ook overweegt de voorzieningenrechter dat (1) niet is gebleken dat eiseres al eerder om de in die producties vervatte informatie had gevraagd, en (2) gedaagde had moeten begrijpen dat de beslissing om het kort geding al dan niet te entameren wel eens van die producties zou kunnen afhangen. Om die redenen is de intrekking niet aan gedaagde toe te rekenen en dient de proceskostenveroordeling voor eiseres te volgen, aldus de voorzieningenrechter.⁴⁷

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel stelt de overigens het niet-verschijnen van eiser ter zitting gelijk aan intrekking van het kort geding, omdat in beide gevallen niet aan inhoudelijke behandeling van het gevorderde toe wordt gekomen. Hij verklaarde *Wieland/GLA* van overeenkomstige toepassing en veroordeelde eiser in de proceskosten.⁴⁸

8 Provisionele eis op de voet van art. 223 Rv

Op grond van art. 223 Rv kan elke partij in dagvaarding- en verzoekschriftprocedures⁴⁹ aansturen op een voorlopige maatregel voor de duur van het geding. Een dergelijke provisionele voorziening geeft naar haar aard geen definitieve beslissing over de rechtspositie van partijen. Op het moment dat een eindvonnis wordt gewezen, verliest het provisionele vonnis, voor zover daarin is beslist op een vordering die vooruitloopt

op dezelfde vordering in de hoofdzaak, elke werking.⁵⁰ Hoger beroep van het provisionele vonnis is dan logischerwijs zinloos.⁵¹ Het staat partijen vrij in hoger beroep zo nodig een nieuwe provisionele voorziening te vorderen.⁵² Uit een recent arrest van de Hoge Raad van 31 augustus 2018 lijkt te volgen dat andere voorlopige voorzieningen die zijn verleend op de voet van art. 223 Rv van kracht blijven totdat de einduitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.⁵³ Art. 223 lid 2 Rv schrijft voor dat de voorziening moet samenhangen met de hoofdvordering.⁵⁴ De wet stelt geen nadere eisen, maar in de praktijk is het vereiste van spoedeisendheid veelvuldig – en consequent – bevestigd. Dat ligt ook voor de hand. Immers, de provisionele maatregel heeft beperkte werkingsduur en zonder voldoende urgentie valt niet in te zien waarom een maatregel zou moeten worden getroffen, waarop ook nog met voorrang zou moeten worden beslist.

Het vereiste van spoed bij de gevraagde voorziening en de stelplicht in dit verband komt goed terug in een uitspraak van Rechtbank Amsterdam uit 2013.⁵⁵ In deze zaak overwoog de rechtbank dat het op de weg ligt van de partij die de 223-vordering instelt te beargumenteren dat een voorlopige maatregel met spoed is geboden, en dus het oordeel in de bodemzaak niet kan worden afgewacht. Het stellen van voldoende belang *an sich* is niet voldoende. Zie in dit verband ook een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 26 februari 2008.⁵⁶ In deze zaak ging het om een partij die een vermeende schending van haar portretrecht een halt wilde toeroepen. Het hof wees de 223-vordering af, omdat onvoldoende duidelijk was geworden waarom de afloop van de bodemzaak niet kon worden afgewacht. Het hof gaf aan dat het lange tijd had geduurd alvorens appelland op de hoogte raakte van het feit dat zijn portret op ruimere schaal werd gebruikt dan hij had verwacht c.q. had mogen verwachten. Als dit gebruik

46. Rb. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2177.

47. Rb. Gelderland 28 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5308.

48. Rb. Overijssel 1 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3379.

49. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533, *NJ* 2016/261, m.nt. W.D.H. Asser (cassatie in het belang der wet): wet en aard van de verzoekschriftprocedure verzetten zich niet tegen overeenkomstige toepassing van art. 223 Rv op verzoekschriftprocedures. Voor voorlopige voorzieningen in echtscheidingsprocedures geldt echter exclusief de regeling van art. 821-826 Rv en is voor overeenkomstige toepassing van art. 223 Rv geen plaats, zo heeft de Hoge Raad bepaald in HR 31 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1414 (cassatie in het belang der wet, zie art. 824 lid 1 Rv).

50. HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5056, *NJ* 2010/139, m.nt. H.J. Sniijders (*Chipsbol*). De Hoge Raad spitst de regel in dit arrest toe op voorlopige voorzieningen die ertoe strekken dat een voorschot wordt betaald op hetgeen in de hoofdzaak wordt gevorderd.

51. Van een provisionele tussenuitspraak op grond van art. 223 Rv kunnen wel *tussentijds* hoger beroep en cassatie worden ingesteld (art. 337 lid 1 en 401a lid 1 Rv). Beslissingen met betrekking tot de voortgang of instructie van de zaak, zoals beslissingen over een deskundigenonderzoek of in een 843a-incident, worden niet aangemerkt als provisioneel, zie HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1639, *NJ* 2011/269, m.nt. H.J. Sniijders, HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3263, *NJ* 2013/287 (*ABN Amro/X*) en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, *NJ* 2013/288, m.nt. H.B. Krans (*Koedjikov c.s./Optiver Holding*).

52. Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3537, *NJF* 2011/46.

53. Zie r.o. 3.4.4 in HR 31 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1414: 'Zo blijft een voorlopige voorziening op de voet van art. 223 Rv van kracht totdat de vordering in de hoofdzaak is ingetrokken, dan wel de einduitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.' Anders nog: Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3537, *NJF* 2011/46.

54. Zie ook HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2624, *NJ* 2017/397. De Hoge Raad oordeelde dat het hof blijk had gegeven van een te beperkte opvatting van de reikwijdte van het begrip samenhang.

55. Rb. Amsterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5764.

56. Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC7354.

destijds niet van grote invloed is geweest, had het op de weg van eisende partij gelegen duidelijk te maken waarom dat dan nu anders zou liggen.

Verder zijn verscheidene uitspraken gewezen over de verhouding tussen een 223-vordering en een lopend kort geding, al dan niet in hoger beroep. Van belang is allereerst een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 januari 2011.⁵⁷ In deze zaak betoogde L&P dat (1) de zinsnede 'tijdens een aanhangig geding' in art. 223 Rv betekent dat het geding een bodemzaak zou moeten betreffen, en dus (2) een 223-vordering niet in een spoedappel zou kunnen worden ingesteld. Het hof is het niet met L&P eens. Het hof stelde vast dat alle wettelijke bepalingen met betrekking tot de dagvaardingsprocedure ook in kort geding van toepassing zijn, tenzij dit strijdig is met het spoedeisende karakter van het kort geding. Dat is in hoger beroep niet anders en de consequentie hiervan is dat de mogelijkheid tot het instellen van een incidentele vordering ex art. 223 Rv ook in een spoedappel bestaat.⁵⁸ Interessant is ook de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake *Heliventure/RAV Fryslân*.⁵⁹ Ook in deze zaak overwoog het hof dat een provisionele vordering in een kort geding wetssystematisch niet is uitgesloten. Daar staat tegenover, aldus het hof, dat een 'stapeling van voorlopige voorzieningen', elk uiteraard als zeer urgent aan het hof gepresenteerd, niet wenselijk is en terughoudendheid bij toewijzing is geboden. Het hof leek ook de proceshouding van partijen mee te nemen in de beslissing de gevorderde provisionele maatregel niet op formele gronden buiten de deur te houden. In r.o. 4.6 wees het hof op de wens van partijen pleidooi te houden, de lange lijst met verhandeldata die in dat kader was ingediend, en de beschikbaarheid van 'gevereerde pleitcombinaties'. Aan die gang van zaken koppelde het hof de conclusie dat niet snel in het kort geding zelf een uitspraak kan worden gedaan, waarmee de noodzaak voor een 223-vordering wordt versterkt.

9 Enkele processuele complicaties

Tot slot enkele processuele complicaties. Allereerst een recente uitspraak van de Hoge Raad van 20 april 2018.⁶⁰ Deze uitspraak is niet zozeer van belang voor deze rubriek vanwege het onderwerp van de zaak – het ging om een verzoek van een officier van justitie om het verblijf van een persoon in een psychiatrisch ziekenhuis te laten voortduren –, maar omdat door de Hoge Raad regels worden geformuleerd voor mondelinge uitspraken. Aanleiding was de vraag of art. 30p Rv, dat met ingang van 1 september 2017 op alle procedures van toepassing is, een exclusieve regeling biedt voor het doen van een mondelinge uitspraak. Zo ja, dan zou dit ingrijpende gevolgen hebben voor de bestaande praktijk waarin bij spoedeisendheid

in verschillende procedures, zoals het kort geding en Bopz-verzoeken, mondeling uitspraak wordt gedaan. De Hoge Raad nam dan ook aan dat de bestaande praktijk voor de spoedeisende gevallen naast art. 30p Rv kan blijven bestaan. Vervolgens formuleert de Hoge Raad een aantal voor de praktijk zeer belangrijke regels met betrekking tot mondelinge uitspraken (de vastlegging van bepaalde beslissingen in een proces-verbaal of het gebruik van een kop-staartvonnis in kortgedingzaken).

Twee arresten van de Hoge Raad, beide van 15 april 2016, zien op het vereiste van spoedeisend belang en proceskostenveroordeling.⁶¹ In de eerste zaak vorderde een werknemer betaling van achterstallig loon. De vordering werd in 2013 bij verstek toegewezen tegen twee partijen, de werkgever en een andere partij die zich hoofdelijk had verbonden tot betaling van het loon. Wat volgde was een verzetprocedure geïnitieerd door uitsluitend verweerder in cassatie. In de verzetprocedure bleek dat de hoofdelijk verbonden partij kort na betekening van het verstekvonnis het loon had betaald en van de vordering geen substantieel bedrag resteerde. De kantonrechter bekrachtigde in 2014 het verstekvonnis. Het hof was het daar niet mee eens. Het vernietigde de vonnissen (verstek en verzet) en wees de vordering van de werknemer alsnog af met veroordeling van de werknemer in de proceskosten in beide instanties. In de kern genomen overweegt het hof dat uit het processuele debat is gebleken dat ten tijde van het appel, maar ook reeds ten tijde van het vonnis in eerste instantie uit 2014 geen spoedeisend belang had bestaan bij de vorderingen, omdat de betaling van het loon inmiddels had plaatsgevonden. De Hoge Raad casseerde. Het vereiste van het spoedeisende belang dient volgens de Hoge Raad te worden toegespitst op de in kort geding gevraagde voorziening.⁶² Dat betekent dat die regel niet (mede) ziet op de proceskostenveroordeling. Met betrekking tot de proceskostenveroordeling dient de appelrechter te onderzoeken of de vordering die in eerste aanleg voorlag terecht is toe- of afgewezen, met inachtneming van het in appel gevoerde debat en naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing in hoger beroep (afgezien van het feit dat de spoedeisendheid is komen te vervallen). Dat betekent dat het hof had moeten onderzoeken of verweerder terecht bij verstek was veroordeeld tot betaling van het loon, op een *ex tunc*-basis, en zo ja, had moeten overwegen dat (1) de proceskostenveroordeling in verzet in stand moest blijven en (2) verweerder ook de proceskosten van het hoger beroep had moeten vergoeden.⁶³

De tweede zaak betreft een van de procedures die speelden tussen de farmaceutische bedrijven Astellas en Synthron. Astellas vorderde in dit kort geding Synthron te verbieden inbreuk te maken op haar octrooi voor een hydrogelpreparaat. De vorderingen werden afgewezen en Astellas werd veroordeeld in de proceskosten. Overigens een aanzienlijk bedrag, want we heb-

57. Hof 's-Hertogenbosch 4 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP1011.

58. Zie eveneens Hof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0901, *NJF* 2013/300.

59. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6099.

60. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:650.

61. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:661 en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, *NJ* 2016/211 (*Astellas/Synthron*).

62. Zie HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, *NJ* 2003/343, m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*).

63. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:661.

ben het over een reële proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv. In hoger beroep overwoog het hof dat Astellas geen spoedeisend belang had bij haar (gewijzigde) vordering en de beoordeling van de proceskostenveroordeling. Het hield daarom elke beslissing aan totdat in de bodemprocedure een onherroepelijke beslissing was genomen over de vermeende octrooi-inbreuk. De Hoge Raad stelde voorop dat een proceskostenveroordeling naar vaste rechtspraak voldoende belang oplevert voor appel,⁶⁴ ook als spoedeisendheid bij de (hoofd)vordering ontbreekt. Bij de beoordeling van de proceskostenvergoeding in eerste aanleg geldt voor de appelrechter het toetsingskader zoals zojuist geschetst. Dit had het hof niet miskend. Wel ging het hof de mist in door zijn beslissing voor onbepaalde duur aan te houden. De Hoge Raad gaf aan dat de rechter ingevolge art. 20 Rv dient te waken tegen onredelijke vertraging van de procedure, ook in kort geding en ongeacht of nog spoedeisend belang bestaat. Hebben partijen om uitspraak verzocht en is geen nadere instructie meer nodig, zoals in het onderhavige geval, dan moet de rechter in beginsel uitspraak doen. Een uitzondering op deze regel zou kunnen liggen in de situatie dat de rechter in kort geding, die zijn uitspraak moet richten naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure,⁶⁵ zijn uitspraak aanhoudt wanneer de bodemuitspraak binnenkort te verwachten valt. Dit zal hij moeten vermelden in het proces-verbaal van de zitting of in een tussenuitspraak en aan aanhouding mag het spoedeisend belang niet in de weg staan, zo blijkt uit het arrest.⁶⁶

Ook interessant is een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem uit 2012.⁶⁷ Dit kort geding in appel ging over de vraag onder welke omstandigheden de voorzieningenrechter een partij kan gelasten een akte, die in een andere procedure is genomen, in te trekken dan wel te rectificeren vanwege (vermeend) onrechtmatige uitlatingen die daarin zijn gedaan. Het hof formuleert een principieel standpunt. Het is in eerste instantie aan de bodemrechter om het over en weer gestelde te wegen en daar een beslissing op te nemen. Hij mag daarbij geen acht slaan op nieuwe feiten en stellingen waarover de andere partij zich nog niet heeft kunnen uitlaten (art. 19 Rv). Verder merkt het hof op dat het schenden van de waarheidsplicht ex art. 21 Rv de gevolgen heeft die de bodemrechter geraden voorkomen. Dat betekent dat het ongewenst is dat een voorzieningenrechter ingrijpt in dit proces. Dit is volgens het hof slechts anders in die gevallen waarin de onrechtmatigheid van uitlatingen in een procedure evident is en bij het redresseren daarvan haast is geboden.

Tot slot wordt nog verwezen naar een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem van 11 januari 2011.⁶⁸ In deze zaak

heeft de advocaat van eiser na kennisname van de producties van de wederpartij in de avond voor de zitting een uitstelverzoek ingediend. Kort samengevat was de advocaat van eiser van plan alleen naar de zitting te gaan, maar leek de aanwezigheid van de in het buitenland verblijvende cliënt toch nuttig na kennisname van deze producties. Het uitstelverzoek was om 22.13 uur gefaxt naar het kantoor van de advocaat van de wederpartij. De advocaat van eiser had hem niet (ook) gebeld. Het uitstelverzoek leidde niet tot verplaatsing van de zitting en de gedaagde, die zei niets te weten van uitstel, verscheen wel. De voorzieningenrechter verklaarde eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering met veroordeling in de proceskosten. In hoger beroep is het hof het met het oordeel van de voorzieningenrechter eens. Het hofarrest bevat enkele voor de praktijk interessante overwegingen over hoe in de praktijk moet worden omgegaan met een dergelijk uitstelverzoek. Het hof overwoog onder meer dat een verplaatsingsverzoek niet per definitie wordt toegestaan, ook niet in geval van consensus tussen partijen. De voorzieningenrechter toetst de belangen van partijen en kijkt ook naar meer logistieke zaken, zoals beschikbaarheid van zittingsdagen en zittingsruimte. Ook merkte het hof op dat een verplaatsingsverzoek dat laat op de avond wordt ingediend niet automatisch bekend wordt bij de advocaat aan de andere kant. Eiseres in het kort geding moest er rekening mee houden dat een bericht om 22.13 uur wel eens pas de volgende dag bij de advocaat van gedaagde onder de aandacht zou kunnen komen. Het hof merkte op dat van de betrokken advocaat meer had mogen worden verwacht om ervoor te zorgen dat het laat gedane uitstelverzoek ook daadwerkelijk onder de aandacht van de advocaat van de wederpartij komt. Het hof gaf als suggestie mee dat de volgende ochtend wordt gebeld naar het kantoor van de advocaat van de wederpartij om deze te attenderen op het uitstelverzoek; overigens had een enkele e-mail aan de advocaat van de wederpartij op de bewuste avond ook voor de hand gelegen.

Jan Willem de Groot

64. Zie HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9705, NJ 2007/188 (*Aruba/NMTS*).

65. Zie HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, NJ 1996/462, m.nt. D.W.F. Verkade (*Boehringer/Kirringen*).

66. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211 (*Astellas/Synthon*).

67. Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX3730.

68. Hof Amsterdam 11 januari 2011, *JBPR* 2011/46, m.nt. R.G. Hendrikse.