

Selectie jurisprudentie BPR 2007-2008

S. BAKS* EN
J.C. BOGAARD**

In dit artikel wordt een selectie van belangrijke jurisprudentie uit 2007 en 2008 op het gebied van het burgerlijk procesrecht besproken. Hierbij komen een aantal (mogelijke) koerswijzigingen van de Hoge Raad aan de orde, mede gezien in het licht van de voortschrijding van de deformalisering van het civiele procesrecht. Ook andere onderwerpen passeren de revue. Op een aantal plaatsen wordt een praktische analyse gegeven.

1. Leer van de bindende eindbeslissing

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een partij in een procedure terugkomt op zijn of haar standpunt terwijl een rechter reeds op basis van dat eerder ingenomen partijstandpunt een (eind)beslissing heeft gegeven. Moet een rechter zich in zo'n geval onder alle omstandigheden houden aan zijn beslissing?

Voor de beantwoording van deze vraag is uitgangspunt dat eindbeslissingen een rechter binden. Een uitzondering op deze regel is aanvaard in het geval dat bijzondere, door de rechter in zijn beslissing nauwkeurig aan te geven omstandigheden, het onaanvaardbaar zouden maken dat hij aan een dergelijke eindbeslissing zou zijn gebonden.¹ Een andere uitzondering is aanvaard voor beslissingen die in het kader van de beantwoording van een bevoegdheidsvraag moeten worden genomen over punten die ook daarbuiten een rol spelen (ook wel aangeduid als beslissingen gegeven in het kader van de beantwoording van een voorvraag). De Hoge Raad heeft hierbij opgemerkt dat de rechter bij het aanvaarden van uitzonderingen op deze leer van de bindende eindbeslissing grote terughoudendheid in acht dient te nemen.²

Echter sinds (1 januari 2002) er van tussenuitspraken in beginsel geen hoger beroep meer openstaat, zijn er door de Hoge Raad een aantal uitspraken gewezen waaruit kan worden afgeleid dat er meer ruimte bestaat om op een eindbeslissing terug te komen.³ In het arrest *Ploum/Geelen*⁴ oordeelde de Hoge Raad dat het hof niet zonder meer gebonden was aan de eindbeslissing. De grondslag aan het op vermoedens gebaseerde oordeel van het hof was komen te vervallen. Het hof had reeds daarom zijn oordeel dienen te heroverwegen ter voorkoming dat een einduitspraak zou worden gedaan op basis van een voor zijn oordeel cruciaal doch inmiddels achterhaald uitgangspunt. Het hof had moeten beoor-

delen of en in hoeverre zijn op vermoedens gebaseerde redenering in het betreffende stadium van het geding, gelet op het verloop van het partijdebat en door eisers in dit verband aangevoerde grieven, nog voldoende gelding had om een zo verstrekkende conclusie te rechtvaardigen.

De leer van de bindende eindbeslissing kwam tevens aan de orde in het arrest *De Vries/Gemeente Voorst*.⁵ De Hoge Raad oordeelde dat het hof bevoegd was een in een eerder tussenarrest gegeven beslissing te heroverwegen, nu het hof kennelijk concludeerde dat het eerder door de toepassing van een onjuiste maatstaf verkeerd had beslist.

Voor de praktijk is het derhalve van belang dat een uitzondering op de regel van de bindende eindbeslissing thans reeds mogelijk is indien een eindbeslissing in een tussenuitspraak berust op een onjuiste feitelijke of juridische grondslag. Dit teneinde te voorkomen dat op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak wordt gedaan. De eisen van een goede procesorde brengen dit mee. Uiteraard dient de rechter de heroverweging te motiveren en partijen in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten. De deformalisering van het civiele procesrecht is derhalve tevens zichtbaar geworden in de leer van de bindende eindbeslissing.

2. Grenzen van de rechtsstrijd in appel; het grievensstelsel

Dikwijls wordt getracht nieuwe feiten en stellingen bij pleidooi aan te voeren. De vraag dient zich aan in hoeverre dit is toegestaan. Datzelfde geldt voor het in een laat stadium door oorspronkelijk eiser, als appellant of als geïntimeerde, veranderen of vermeerderen van eis.

In beginsel mag ervan worden uitgegaan dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de memorie van

* Mr. S. Baks is advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V. te Utrecht.

** Mw. mr. J.C. Bogaard is professional support lawyer, sectie Procesrecht bij CMS Derks Star Busmann N.V. te Utrecht.

1. HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 en HR 14 december 2001, NJ 2002, 57. Deze uitzondering geldt ook voor beslissingen van de rolrechter, HR 4 april 1997, NJ 1998, 220 en HR 1 mei 1998, NJ 1999, 563.

2. HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 en conclusie A-G Vranken voor HR 8 april 1994, NJ 1994, 623.

3. HR 15 september 2006, NJ 2007, 538, HR 23 november 2007, RvdW 2007, 996 en HR 25 april 2008, RvdW 2008, 481.

4. HR 23 november 2007, RvdW 2007, 996.

5. HR 25 april 2008, RvdW 2008, 481.

grievens is weergegeven. Dit wordt de 'in beginsel strakke regel' genoemd welke voortkomt uit de hoofdregel zoals neergelegd in art. 347 lid 1 Rv jo. art. 130 lid 1 Rv en art. 353 lid 1 Rv. Voor wat betreft het aanvoeren van nieuwe stellingen en nieuwe feiten werd een onderscheid gemaakt in die welke binnen het door de grieven ontsloten gebied bleven maar geen nieuwe grief behelsden en een daadwerkelijk nieuwe grief gericht op het vernietigen van de bestreden uitspraak. Ten aanzien van de feiten die geen nieuwe grief inhielden gold een minder streng regime: behoudens indien er strijd zou zijn met de goede procesorde, mochten deze ook in een later stadium van de procedure worden aangevoerd. Echter sinds het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2008⁶ is dit onderscheid niet meer van belang.⁷ Of het nu een nieuwe grief of een nieuw feit danwel een nieuwe stelling betreft, voor alle geldt dat wanneer deze door appellant na memorie van grieven wordt(en) aangevoerd, deze in beginsel buiten beschouwing dient(en) te worden gelaten.

Ter zake van eisiwijziging door de oorspronkelijke eiser geeft art. 130 Rv eiser de bevoegdheid zijn eis te veranderen of te vermeerderen zolang de rechter geen eindvonnis heeft gewezen. Krachtens art. 353 lid 1 Rv, is art. 130 lid 1 Rv tevens in hoger beroep van toepassing. Eisiwijziging was voor de oorspronkelijke eiser derhalve bij pleidooi nog mogelijk, behoudens in geval van strijd met de goede procesorde. Indien verzet achterwege bleef was het, door aan de eisiwijziging een nieuwe feitelijke grondslag te leggen, tevens mogelijk nieuwe feiten en stellingen in de rechtsstrijd te betrekken. Echter in het genoemde arrest van 20 juni 2008 overweegt de Hoge Raad dat de hoofdregel van art. 347 lid 1 Rv (de 'in beginsel strakke regel'), de oorspronkelijke eiser beperkt in zijn – ingevolge art. 130 lid 1 jo. 353 lid 1 Rv toekomstende – bevoegdheid zijn eis in hoger beroep te veranderen of te vermeerderen in die zin dat hij in beginsel zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijke eiser is gesteld. Op deze wijze heeft de Hoge Raad willen voorkomen dat de oorspronkelijk eiser via de eisiwijziging pas in een laat stadium van de procedure alsnog nieuwe feiten en stellingen ter onderbouwing van zijn vordering kan aanvoeren.

Op basis van het arrest van 20 juni 2008 geldt thans derhalve een strengere regime voor het aanvoeren van nieuwe feiten en stellingen door in ieder geval appellant, alsmede voor het wijzigen van eis door appellant/oorspronkelijk eiser en door geïntimeerde/oorspronkelijk eiser.⁸ Partijen doen er in de praktijk der-

halve verstandig aan nieuwe grieven, feiten en stellingen zo vroeg mogelijk aan te voeren.

Relevant voor de rechtsstrijd van partijen is voorts het verbod van de rechter tot aanvulling van de feitelijke grondslag (art. 24 Rv). In het arrest *Vos Logistics Nederland B.V./Evia Real Estate B.V.*⁹ werd terecht geklaagd over het feit dat het hof zich schuldig had gemaakt aan een verboden aanvulling van de feitelijke grondslag. Het stond het hof niet vrij zijn oordeel dat sprake was van een omzettingsverklaring te baseren op een brief, die weliswaar tot de gedingstukken behoorde maar waarop de koper zich in dit verband niet had beroepen.¹⁰ Deze uitspraak geeft weliswaar geen vernieuwend of afwijkend inzicht maar het is goed onder de aandacht te brengen dat de rechtsstrijd in beginsel wordt bepaald door partijen zelf.

3. Fouten in de partijaanduiding in een appel- of cassatiedagvaarding

Fouten in de partijaanduiding in een appel- of cassatiedagvaarding leveren in de praktijk vaak procedurele vragen op. Hoe wordt met fouten in de partijaanduiding omgegaan? In verband met de toepasselijke termijnen doen problemen zich met name voor in hoger beroep of cassatie.

Nietigheid van een exploit wordt uitsluitend uitgesproken indien een gebrek met nietigheid is bedreigd (art. 65, 66 Rv). Voorts dient het gebrek uit het exploit te blijken. Dagvaardingen worden getoetst aan art. 120 e.v. Rv. De dagvaarding is nietig wanneer een partij door het gebrek is benadeeld. Is er sprake van een (kennelijke) vergissing of een verschrijving in de partijaanduiding, dan kan een rechter op grond van de goede procesorde voorbijgaan aan een beroep op nietigheid indien de wederpartij geen in rechte te respecteren belang heeft. Van belang is of de fout bij de wederpartij tot onzekerheid heeft geleid over de identiteit van de partij. Leidraad in de jurisprudentie is dat verbetering of uitlegging niet tot partijwisseling mag leiden.¹¹

Onderscheid wordt gemaakt tussen gevallen van kennelijke vergissingen en gevallen waarbij geen rekening is gehouden met procesonbekwaamheid en/of veranderingen die zich hebben voorgedaan in de staat, hoedanigheid of betrekking van degene op wiens naam het exploit wordt gedaan of van degene voor wie het exploit is bestemd. In het licht van de deformalisering van het procesrecht is in de literatuur betoogd bij de beoordeling van de hier aan de orde zijnde gebreken uitsluitend te laten meespelen of een partij door de betreffende fout in zijn verdediging is geschaad. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten echter duidelijk

6. HR 20 juni 2008, *RvdW* 2008, 649.

7. Zie hierover E.J. Bellaart, 'Herdefiniëring van het grievenstelsel', *MvV* oktober 2008.

8. De woorden 'in beginsel' laten de appelrechter echter speelruimte. De HR heeft op 11 juli 2008 (*NJ* 2008, 404) een arrest gewezen betreffende een faillissementsaanvraag waarin vanwege de aard van de procedure werd toegestaan dat bepaalde gegevens ontleend aan nieuwe feiten en nieuwe stukken bij pleidooi ook in een laat stadium mochten worden aangevoerd. Een ander arrest waarin de grenzen van de rechtsstrijd in appel aan de orde komt, is het arrest van de HR van 22 juni 2007, *RvdW* 2007, 608, *NJ* 2007, 344.

9. HR 31 oktober 2008, *RvdW* 2008, 995.

10. De A-G merkt in zijn conclusie op dat Evia zich weliswaar in algemene zin erop heeft beroepen dat zij jegens Vos recht had op schadevergoeding wegens wanprestatie, maar Evia had in dat verband in de brief van 4 december 2002 geen beroep gedaan op enige omzettingsverklaring; zij verwees slechts naar de buitengerechtelijke ontbinding in haar brief van 7 november 2002.

11. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Groene Serie Privaatrecht), aant. 16, Gebreken in partijaanduiding en partijstelling; partijperikelen en sancties.

weergegeven dat deze gebreken, met name indien de gebreken tot gevolg hebben dat niet de juiste partij in het exploit wordt geïdentificeerd en indien de gebreken zich voordoen in hoger beroep danwel cassatie, in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als niet terzake doende, steeds voor verbetering vatbare fouten in de aanduiding van de procespartij.¹²

In het arrest *Tycho/Fisser*¹³ heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat in redelijkheid niet gemeend kon worden dat met de aanduiding Fisser een andere rechtspersoon was bedoeld dan de rechtspersoon die in de vorige instantie onder die naam partij was. Derhalve heeft Tycho geen in rechte te respecteren belang bij haar beroep op de onjuiste naamsvermelding in de cassatiedagvaarding. Het beroep op de niet-ontvankelijkheid van eiseres in haar cassatieberoep op de grond dat de rechtspersoon die de cassatiedagvaarding heeft uitgebracht, niet dezelfde rechtspersoon is als de procespartij die als appellante is opgetreden in de appèlprocedure, wordt derhalve afgewezen. Dit arrest bevestigt een mogelijk nieuwe lijn uitgezet in een eerdere uitspraak van de Hoge Raad, te weten het arrest *Philip Morris/Van der Graaf*.¹⁴ De Hoge Raad is het geval waarin de oorspronkelijke procespartij is verdwenen en door een andere partij is opgevolgd, op dezelfde wijze gaan behandelen als voorheen de gevallen van 'kennelijke verschrijvingen': beslissend lijkt derhalve nog slechts te zijn wat de wederpartij redelijkerwijs uit de dagvaarding heeft kunnen en moeten begrijpen. Indien duidelijk is dat met de foutieve partijaanduiding is bedoeld op de wederpartij in vorige instantie, dan ontbreekt een rechtens te respecteren belang bij een beroep op niet-ontvankelijkheid. Het arrest *Tycho/Fisser* zou een definitieve bevestiging zijn dat de Hoge Raad een nieuwe koers is gaan varen met betrekking tot de wijze waarop met fouten in de partijaanduiding in een appèl- of cassatiedagvaarding dient te worden omgegaan.¹⁵ Ook hier is de deformalisering van het civiele procesrecht derhalve ingetreden.

4. Eisende partij bepalen en rectificatie van een onjuiste partijaanduiding

In lijn met het voorgaande is in de literatuur betoogd, herstel van gebreken – ook die niet vallen onder kennelijke vergissingen – in beginsel mogelijk te laten zijn, daar het procesrecht een partij niet mag blokkeren in de mogelijkheid een proces te voeren of hoger beroep voort te zetten met als gevolg verlies van materiële rechten, tenzij de wederpartij door het gebrek in zijn verdediging wordt benadeeld.¹⁶

In het arrest *Doelandt/Verweerder*¹⁷ kwam naast de vraag hoe de rechter bepaalt wie als eisende partij optreedt, tevens aan de orde onder welke omstandigheden recti-

ficatie van een aanvankelijk onjuiste partijaanduiding een aanvaardbaar middel is in hoger beroep.

In eerste aanleg trad Doeland Lemelerveld B.V. als eisende partij op. Het eindvonnis van de rechtbank is ook gewezen tussen Doeland Lemelerveld B.V. en verweerder. In het appelexploot is echter als eiseres vermeld Doeland Te Kieffe Holding B.V. Het hof staat rectificatie van de identiteit van Doelandt niet toe. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof overwegende dat beantwoording van de vraag wie als eisende partij optreedt, uitleg vergt van het exploit waarmee de desbetreffende instantie is ingeleid. Ingevolge art. 3:59 BW zijn art. 3:33 en 3:35 BW op deze uitleg overeenkomstig van toepassing.¹⁸ Het hof heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien het heeft miskend dat het een aan de hand van art. 3:33 en 3:35 BW te beantwoorden vraag van uitleg is wie als eisende partij optreedt. Hetzelfde geldt als het hof heeft miskend dat rectificatie van een aanvankelijk onjuiste partijaanduiding een aanvaardbaar middel is tot herstel van een gemaakte vergissing wanneer het onder de gegeven omstandigheden voor de processuele wederpartij kenbaar was dat van een vergissing sprake was, die wederpartij door de vergissing en de rectificatie daarvan niet is benadeeld of in haar verdediging geschaad, en de rectificatie tijdig heeft plaatsgevonden.¹⁹ Het hof heeft eveneens van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien het dit alles niet heeft miskend, maar van oordeel was dat rectificatie van de aanduiding van de identiteit van appellante onmogelijk is in gevallen waarin abusievelijk de naam van een andere rechtspersoon wordt vermeld dan van degene die klaarblijkelijk bedoelde appèl in te stellen. Het hof heeft zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd indien het van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan maar, onder de gegeven omstandigheden, en zonder nadere toelichting, van oordeel was dat het voor verweerder niet duidelijk kon of hoefde te zijn dat het hoger beroep was ingesteld door Doeland Lemelerveld.

5. Nietigheid van de dagvaarding en verstek

Indien een dagvaarding een gebrek heeft dat nietigheid met zich brengt, dient te worden onderzocht of de dagvaarding om die reden gedaagde niet heeft bereikt. Indien de rechter het aannemelijk acht dat als gevolg van het gebrek de dagvaarding gedaagde niet heeft bereikt, kan verstek niet worden verleend, zodat de vordering niet kan worden toegewezen. Op grond van art. 121 lid 2 Rv zal alsdan een nieuwe roldatum worden bepaald met bevel aan eiser een herstelexploot te doen uitbrengen met oproeping van gedaagde tegen de nieuwe roldatum. Wordt vervolgens door gedaagde een beroep op nietigheid gedaan, dan zal de rechter

12. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 80; HR 6 december 2002, NJ 2004, 162.

13. HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343, JBP 2007, 64, m.nt. K. Teuben.

14. HR 27 mei 2005, NJ 2006, 598 (*Philip Morris/Van der Graaf*).

15. Zie K. Teuben in haar noot bij HR 22 juni 2007, JBP 2007, 64.

16. Zie noot 11.

17. HR 14 december 2007, NJ 2008, 10.

18. HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 202.

19. Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 269.

onderzoeken of gedaagde door het gebrek in zijn belangen is geschaad.

In de praktijk kan deze materie grote consequenties hebben waardoor dit veel vragen oproept en er regelmatig jurisprudentie op dit gebied is. Hierna zullen een aantal uitspraken betreffende nietigheden in de dagvaarding en verstekverlening worden besproken. Zo was in het arrest *Algemene Woningstichting Houten/Verweerders*²⁰ aan de orde dat de dagvaarding niet voldeed aan de in art. 140 Rv vermelde eisen, aangezien de dagvaarding niet de in dit artikel genoemde mededeling bevatte. Ingevolge art. 120 lid 1 Rv brengt dit gebrek nietigheid van het exploit mee. Het was in het onderhavige geval echter niet aannemelijk dat het exploit als gevolg van dit gebrek verweerders niet had bereikt zodat, gelet op art. 121 lid 2 Rv, een nieuwe roldatum diende te worden bepaald, met bevel aan de stichting tot het uitbrengen van een herstelexploit.

Een ander gebrek in een dagvaarding deed zich voor in een arrest van de Hoge Raad van 30 november 2007.²¹ Verweerster is niet in cassatie verschenen en eiser heeft verzocht verstek tegen hem te verlenen. De cassatiedagvaarding is betekend op het kantoor van de advocaat van de vorige instantie. Niet is gebleken dat verweerster ten minste mede domicilie heeft gekozen op het kantoor van deze advocaat waardoor het exploit lijdt aan een gebrek dat nietigheid met zich brengt. De Hoge Raad geeft eiser in cassatie aanvaankelijk de gelegenheid een akte te overleggen waaruit zou dienen te blijken dat ondanks het voorgaande, aan het juiste adres is betekend. Vervolgens bestaat er in casu aanleiding om op de voet van art. 121 lid 2 Rv een nieuwe roldatum te bepalen en eiser te bevelen deze bij exploit aan verweerster aan te zeggen met herstel van het gebrek. Een redelijke toepassing van deze bepaling laat echter toe een en ander achterwege te laten, nu eiser reeds uit eigener beweging tijdig vóór de roldatum aan het kantoor van de procureur van verweerster in hoger beroep bij wie deze laatstelijk ter zake woonplaats heeft gekozen, een – ook overigens geldig – herstelexploit heeft laten uitbrengen, waarbij verweerster de roldatum is aangezegd. Aangezien verweerster op die datum wederom niet is verschenen, wordt verstek tegen haar verleend.

De Hoge Raad diende in een arrest van 28 november 2008²² op een ander verzoek tot verstekverlening te beslissen. Ook in deze zaak was betekend aan het kantoor van de onjuiste procureur. Hoewel een herstelexploit was uitgebracht aan het juiste adres bevatten beide exploiten gebreken als bedoeld in art. 111 lid 2 onder j Rv dat nietigheid oplevert in de zin van art. 120 lid 1 Rv. A-G Verkade concludeert dat het aannemelijk is dat het eerste exploit (op de laatste dag voor het verstrijken van de cassatietermijn), gedaagden in cassatie niet heeft bereikt, nu het was betekend op een onjuist adres. Ingevolge art. 121 lid 3 Rv kan de Hoge Raad de mogelijkheid van art. 121 lid 2 Rv niet aanbieden, aldus de A-G. Nu eisers tot cassatie echter tijdig

voor de zitting een herstelexploit hebben doen uitgaan, valt een antwoord op de vraag of verstek kan worden verleend volgens de A-G niet rechtstreeks in de wet te lezen. Komt de rechtszekerheid in gedrang indien verstek wordt verleend? De A-G vindt van wel en concludeert dat verstek niet kan worden verleend maar dat de nietigheid van het exploit dient te worden uitgesproken en dat de instantie is geëindigd. De Hoge Raad oordeelt echter anders. De Hoge Raad acht het niet aannemelijk dat als gevolg van het gebrek het exploit verweerder niet heeft bereikt zodat eiser op grond van art. 121 lid 2 Rv andermaal in de gelegenheid wordt gesteld een herstelexploit te doen uitbrengen.

De vraag naar correct herstel van een verzuim, komt voorts in het arrest *G-Star International/Verweerster* van 8 februari 2008 ter sprake.²³ G-Star komt bij exploit van 2 juni 2004 in hoger beroep van een vonnis van de rechtbank met oproeping van verweerster om te verschijnen ter rolzitting van het hof van 2 december 2004. Vervolgens roept G-Star in een nader exploit, uitgebracht op 26 november 2004, verweerster op tegen een latere roldatum, namelijk 26 mei 2005. G-Star verzuimt de appèldagvaarding op de aangezegde roldatum van 2 december 2004 te laten inschrijven. Op 6 december 2004 brengt G-Star, onder uitdrukkelijke instandhouding van de appèldagvaarding, een herstelexploit uit, waarin verweerder tegen de rolzitting van 16 december 2004 wordt opgeroepen. In hetzelfde exploit wordt het niet inschrijven op de rol aangemerkt als een verzuim. Het hof verklaart G-Star niet-ontvankelijk in haar hoger beroep. De Hoge Raad oordeelt hier anders over. Op grond van art. 125 lid 4 Rv vervalt de aanhangigheid van de zaak als de dagvaarding niet tijdig op de rol wordt ingeschreven. G-Star heeft dit verzuim echter tijdig hersteld door binnen twee weken na de oorspronkelijk aangezegde roldatum een herstelexploit uit te brengen, waarna de zaak op de rol van 16 december 2004 wordt ingeschreven. De door het hof aangenomen onzekerheid omtrent de (datum van) inschrijving van de zaak maakt dit niet anders.

De vraag naar correct herstel van een gebrek in een exploit speelde ook in een arrest van de Hoge Raad van 25 januari 2008.²⁴ Op 16 april 2007 komt eiser bij exploit van dagvaarding in cassatie, met oproeping van verweerster te verschijnen ter rolzitting van de Hoge Raad van 4 mei 2007. Dit exploit bevat een verkeerde datum van het arrest waartegen eiser in cassatie komt. Vervolgens brengt eiser op 1 mei 2007 een tweede exploit uit, waarin verweerster wordt opgeroepen te verschijnen ter rolzitting van 8 juni 2007. Dit tweede exploit wordt uitgebracht 'onder intrekking' van het eerste exploit en bevat nu wel de juiste datum van het arrest waarvan eiser in cassatie komt. Volgens verweerster dient eiser niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn cassatieberoep, aangezien het tweede exploit van dagvaarding is uitgebracht na het verstrijken van de cassatietermijn. Bovendien zou dit exploit niet kunnen gelden als een herstelexploit in de zin van

20. HR 2 november 2007, NJ 2007, 588.

21. HR 30 november 2007, NJ 2007, 642.

22. HR 28 november 2008, RvdW 2008, 1084.

23. HR 8 februari 2008, NJ 2008, 94.

24. HR 25 januari 2008, NJ 2008, 67.

art. 120 lid 2 Rv. De Hoge Raad gaat hierin mee en oordeelt dat het tweede exploit niet strekt tot herstel van een gebrek in de zin van art. 120 lid 2 Rv, namelijk de niet-tijdige inschrijving op de rol van het eerste exploit. In het tweede exploit wordt slechts de onjuiste datum van het in cassatie bestreden arrest gewijzigd. Dit strekt er niet toe het gebrek waar het eerste exploit aan lijdt te herstellen. Het tweede exploit kan derhalve niet worden beschouwd als een rechtsgeldig uitgebracht herstelexploit. Van een kennelijke vergissing kan geen sprake zijn, nu in het tweede exploit geen melding wordt gemaakt van het herstel van een fout en het eerste exploit uitdrukkelijk niet is gehandhaafd. De Hoge Raad verklaart eiser niet-ontvankelijk in zijn cassatieberoep.²⁵

6. Vrijwaring niet voor het eerst in hoger beroep

In een arrest van 14 december 2007 (*Eiseres/Aichi Sales Office*)²⁶ geeft de Hoge Raad, vanwege een kennelijke vergissing van de wetgever, in het belang van de rechtsontwikkeling een overweging ten overvloede. De overweging ziet op het door eiseres voorgestelde middel tegen de beslissing van het hof dat het niet mogelijk is een derde voor het eerst in hoger beroep in vrijwaring te roepen. Volgens de Hoge Raad faalt het middel omdat de beslissing van het hof juist is. Weliswaar wordt in art. 353 lid 1 Rv de oproeping in vrijwaring niet vermeld onder de uitzonderingen op de hoofdregel dat in hoger beroep de tweede titel van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing is, maar volgens de Hoge Raad moet worden aangenomen dat dit berust op een vergissing van de wetgever. Naar het voor 1 januari 2002 geldende procesrecht bood de wet immers niet de mogelijkheid een derde voor het eerst in hoger beroep in vrijwaring op te roepen, en uit de wetgeschiedenis van het thans geldende art. 353 Rv blijkt niet dat de wetgever hierin wijziging heeft willen brengen. Bovendien geldt de strekking van de vroegere regel, namelijk dat aan de waarborg anders een instantie zou worden ontnomen, onverkort ook naar huidig recht. Daarom moet aan de formulering van de thans geldende wet volgens de Hoge Raad geen beslissende betekenis worden toegekend.

7. Tegenbewijs

Als een partij erin is geslaagd hetzij met behulp van vrije bewijsmiddelen hetzij met behulp van verplichte bewijsmiddelen, volledig bewijs te leveren, heeft de wederpartij steeds de bevoegdheid tot het leveren van tegenbewijs, mits een daartoe strekkend bewijsaanbod is gedaan. Tegenbewijs staat ingevolge art. 151 lid 2

Rv vrij, ook tegen dwingend bewijs, tenzij de wet het uitsluit. Aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs kan anders dan bij een 'gewoon' bewijsaanbod niet de eis worden gesteld dat het gespecificeerd is. Naar analogie van art. 166 Rv kan worden verondersteld dat de rechter ambtshalve tegenbewijs mag opdragen.²⁷

Wanneer is men echter geslaagd in het leveren van tegenbewijs ten aanzien van de verklaring van de wederpartij die is opgenomen in een akte? De Hoge Raad geeft hierop antwoord in een arrest van 16 maart 2007.²⁸ De rechter kan bij de vraag of het tegenbewijs is geleverd vrijelijk aan ieder feitelijk gegeven in het geding de bewijskracht hechten die hem goedgeeft. Hij geeft aan dat het tegenbewijs geslaagd mag worden geacht als het aktebewijs is ontzenuwd. Daartoe moeten feiten en omstandigheden worden bewezen waaruit valt af te leiden dat de tekst van de akte niet strookt met de werkelijke bedoeling van partijen. De Hoge Raad acht het een te strenge norm om te oordelen dat tegenbewijs alleen dan voldoende is indien een partij de juistheid van de opgenomen partijverklaring volledig weerlegt door tevens te bewijzen dat in een bepaalde periode geen andere overeenkomst als in de akte is neergelegd, tot stand is gekomen. In de praktijk is het derhalve van belang dat een strekkend bewijsaanbod wordt gedaan. Hoewel een akte tussen partijen ex art. 157 lid 2 Rv dwingend bewijs oplevert, is het reeds afdoende voor het slagen van het leveren van tegenbewijs indien onzekerheid ontstaat omtrent de inhoud van de akte. Ex art. 152 lid 1 Rv staan daartoe alle middelen vrij.

8. Bewijslastverdeling

In de praktijk is vaak aan de orde wie de bewijslast draagt van bepaalde feiten en wanneer tegenbewijs is geleverd, zo ook in Hoge Raad 19 januari 2007 (*Meyer Europe BV/Pont Meyer BV*).²⁹

Art. 150 Rv bevat de hoofdregel voor bewijslastverdeling inhoudende dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast draagt van die feiten of rechten. Uit de toepasselijke regel van materieel recht dient te worden afgeleid hoe de bewijslast moet worden verdeeld. Indien de zogenoemde rechtscheppende feiten voldoende gemotiveerd zijn betwist, moet eiser deze feiten bewijzen. Indien de rechtscheppende feiten zijn komen vast te staan dient gedaagde een bevrijdend rechtsfeit te stellen en bij betwisting te bewijzen, om te voorkomen dat de vordering zal worden toegewezen. Het materiële recht bepaalt aldus de bewijslastverdeling en niet wie wat heeft gesteld. Eiser kan immers tevens een niet-rechtscheppend feit stellen wanneer hij

25. Doordat het eerste exploit is ingetrokken is de zaak met terugwerkende kracht niet meer aanhangig tenzij het tweede exploit kan worden beschouwd als een tijdig uitgebracht herstelexploit. Nu het enige verschil tussen de exploten de datum van het bestreden arrest is en dit geen gebrek inhoudt in de zin van art. 120 lid 2 Rv en geen melding wordt gemaakt van herstel van het verzuim dat de zaak niet is ingeschreven, is er derhalve geen sprake van een herstelexploit in de zin van art. 125 lid 4 Rv. Hierdoor is het tweede exploit te laat, immers na het verstrijken van de cassatietermijn, uitgebracht. Wanneer in casu de eerste dagvaarding niet ingetrokken was geweest, was er niets aan de hand geweest.

26. NJ 2008, 9.

27. Stein/Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 16e druk, p. 136.

28. RvdW 2007, 305.

29. NJ 2007, 575.

anticipeert op een bevrijdend rechtsfeit van gedaagde.³⁰ Dit kan in de praktijk gecompliceerde discussies over bewijslast tot gevolg hebben.

In casu heeft de A-G Timmerman in zijn conclusie bij het arrest geadviseerd het arrest te vernietigen, omdat de aan Meyer Europe opgelegde bewijslast in de gegeven omstandigheden onjuist zou zijn geweest. De Hoge Raad oordeelt echter anders.

De Hoge Raad merkt op dat het hof heeft overwogen dat het aan PontMeyer is om feiten of omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat zij niet tot betaling gehouden is. Het hof heeft aldus tot uitgangspunt genomen dat op PontMeyer de bewijslast rust ter zake van haar verweer. Gelet op de betwisting van dit verweer door Meyer Europe spitste het geschil zich toe op de reikwijdte van een in de overeenkomst tussen partijen gemaakte uitzondering op de door PontMeyer ingeroepen vrijwaring. Aldus stond het hof in het bijzonder voor de taak de reikwijdte van deze uitzondering vast te stellen. Het hof heeft in dit verband terecht geoordeeld dat het aan Meyer Europe was tegen de door het hof vastgestelde inhoud van de overeenkomst tegenbewijs te leveren, waarbij het hof dit tegenbewijs nader heeft bepaald op bewijs van een andere gemeenschappelijke partijbedoeling dan uit de tekst van de overeenkomst naar 's hofs uitleg daarvan blijkt. Uit het voorgaande volgt – aldus de Hoge Raad – dat het hof geenszins heeft miskend dat Meyer Europe in beginsel recht had het door haar betaalde op PontMeyer te verhalen en dat PontMeyer de bewijslast droeg van de feiten waarop zij haar, in de visie van het hof kennelijk: bevrijdende, verweer baseerde – in dit geval de uitleg van het betreffende artikel uit de overeenkomst –, en het heeft evenmin miskend dat van Meyer Europe alleen tegenbewijs gevergd mocht worden.³¹

30. Zie Stein-Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 16e druk, p. 128 e.v.

31. Meyer Europe heeft als eiser voldoende gesteld en de rechtscheppende feiten afdoende onderbouwd op grond waarvan deze zijn komen vast te staan. PontMeyer diende derhalve een bevrijdend rechtsfeit te stellen en deed dat door zich te beroepen op de vrijwaringsclausule. Vervolgens heeft Meyer Europe dit beroep betwist zodat PontMeyer zijn verweer diende te bewijzen. Het hof oordeelde dat PontMeyer daarin was geslaagd zodat tegenbewijs openstond voor Meyer Europe. Derhalve lag de bewijslast en het bewijsrisico bij PontMeyer waarin hij is geslaagd terwijl Meyer Europe niet geslaagd is in het leveren van tegenbewijs.