

# Kronieken

## Algemene beginselen

### Inleiding

Ook in de periode die deze kroniek bestrijkt (1 september 2007 tot 1 december 2008), blijken de procesbeginselen weer een prominente rol te hebben gespeeld. Opvallend is de relatief grote oogst proefschriften waarin aandacht is besteed aan de beginselen. Goed nieuws is dat na twaalf jaar een geactualiseerde uitgave is verschenen van het proefschrift van Smits (Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, Deventer: Kluwer 2008). Ook in het proefschrift van Sujecki naar de (Nederlandse) betalingsbevelprocedure staat art. EVRM centraal (*Das niederländische Mahnverfahren unter Berücksichtigung der Möglichkeiten der elektronischen Mahnverfahrensdurchführung im Rahmen der verfahrensrechtlichen Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK* (diss. UU), 2008). En de berechting binnen een redelijke termijn vormt het kader van het proefschrift van Eshuis (Het recht in betere tijden, Den Haag: BJu 2007).

Naast deze klassieke procesbeginselen worden ook kwaliteitseisen als transparantie, effectiviteit en efficiëntie als een nieuw soort procesbeginselen aangemerkt: de zogeheten *new public management*-beginselen. De verhouding tussen de klassieke en de nieuwe beginselen heeft Mak onderzocht in haar proefschrift (De rechtspraak in balans: een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008).

In Straatsburg uiteraard – gelet op de inhoud van art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – vooral aandacht voor de klassieke procesbeginselen. Zo blijkt uit het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 20 november 2007, nr. 39462/03 (Karanovic/Bosnië en Herzegovina) dat sprake is van schending van het recht op toegang tot het recht wanneer een rechterlijke uitspraak na vier jaar nog niet ten uitvoer is gelegd. In EHRM 17 januari 2008, nr. 14810/02 (Ryakib Biryukov/Rusland) wijst het Hof in Straatsburg weer eens op het belang van een openbare rechterlijke uitspraak ('to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial'). Onvoldoende is dat alleen het dictum openbaar is; óók de daaraan ten grondslag liggende motivering in de overwegingen moet voor het publiek vrij toegankelijk zijn.

### Toegang tot de (familie)rechter

Op 25 november 2008 is de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (30 145) – niet zonder slag of stoot – door de Eerste Kamer aangenomen. Daarmee is voor het eerst sinds 1993 sprake van een aanzienlijke wijziging van het scheidingsprocesrecht. Een in het oog springend novum is de

invoering van een in beginsel verplicht ouderschapsplan, een set van afspraken tussen ouders over de gevolgen van hun scheiding voor de kinderen (hoofdverblijfplaats kind, omgang, kinderalimentatie e.d.). Het nieuwe art. 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) schrijft dit ouderschapsplan voor als in beginsel verplicht onderdeel van het verzoekschrift tot echtscheiding. Hiermee wordt de autonomie van partijen in een echtscheidingsprocedure danig ingeperkt. Tot op heden waren partijen immers geheel vrij in hun keuze of zij de gevolgen van hun scheiding (zowel die betreffende hun kinderen, als die betreffende hun onderlinge verhouding als echtgenoten) aan de rechter zouden voorleggen. Alleen voor de echtscheiding als zodanig moesten partijen verplicht naar de rechter, maar de nevengevolgen konden zij buiten de rechter om regelen. Nu moeten alle scheidende ouders dus in beginsel afspraken maken over hun kinderen en deze afspraken aan de rechter voorleggen, die deze afspraken moet toetsen aan wet, verdragen en het belang van het kind.

Om strijd met art. 6 EVRM (toegang tot de rechter) te voorkomen, heeft de minister van Justitie tijdens de plenaire behandeling in de Eerste Kamer benadrukt dat partijen 'in elk stadium hun vrijheid [houden] om te komen met een eenzijdig verzoekschrift waarbij zij de stukken kunnen overleggen waarvan zij denken dat het goed is om die over te leggen'. Daarmee bestaat, nog voordat de wet in werking is getreden, al onduidelijkheid: de nieuwe wettekst van art. 815 Rv schrijft het ouderschapsplan voor elk verzoek tot echtscheiding (dus gemeenschappelijk én eenzijdig) voor, maar door de minister van Justitie wordt op zijn minst de indruk gewekt dat de eis van het verplicht ouderschapsplan niet voor het eenzijdig verzoek zou gelden. Mocht deze gewekte indruk inderdaad de bedoeling van de wetgever blijken te zijn, dan zou de eis van het ouderschapsplan weer heel vrijblijvend zijn, zodat het met de inperking van de partijautonomie wellicht ook wel meevalt. Het laatste woord is hier zeker nog niet over gezegd.

Een ander voorbeeld van het bewaken van de toegang tot de rechter in familiezaken levert HR 15 februari 2008, LJN BB9669 op. Indien één ouder het eenhoofdige gezag over de minderjarige kinderen heeft, kan krachtens art. 1:253o lid 1 BW een verzoek om alsnog gemeenschappelijk met het gezag over de kinderen te worden belast slechts van beide ouders afkomstig zijn. In de beschikking waarvan cassatie oordeelt Hof Amsterdam dat deze eis van een gemeenschappelijk verzoek in strijd is met het aan de ouder zonder gezag door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter teneinde zijn uit art. 8 EVRM voortvloeiende rechten (*family life*) uit te oefenen. Het cassatiemiddel bestrijdt dit oordeel niet, maar voert aan dat een dergelijk oordeel slechts impliceert dat ook een eenzijdig verzoek tot herstel van gezamenlijk gezag *ontwankelijk* is. Het oordeel van het hof brengt echter niet mee dat voor de *toewijsbaarheid*

van een dergelijk verzoek de voorwaarde van instemming van beide ouders is komen te vervallen, aldus het middel. De Hoge Raad wil echter niets weten van instemming tussen beide ouders als noodzakelijke voorwaarde voor toewijzing van een dergelijk verzoek:

‘Het in het middel verdedigde standpunt miskent dat het aan art. 8 EVRM ontleende recht van de niet met het ouderlijk gezag belaste ouder op “the exercise of parental rights” zich niet slechts verzet tegen de bepaling dat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, maar evenzeer tegen de daaraan ten grondslag liggende regel van materieel recht dat gezamenlijk gezag slechts kan worden toegekend indien beide ouders daarmee instemmen.’

Wetsvoorstel 29 353 stelt voor de in art. 1:253o lid 1 BW neergelegde eis van een gemeenschappelijk verzoek tot herstel van het gezamenlijk gezag te schrappen. De Hoge Raad heeft de ontwikkelingen in de wetgeving echter niet afgewacht en deze wettelijke eis nu reeds tot een dode letter gemaakt.

#### **Te laat ingediende stukken: hoor en wederhoor en redelijke termijn**

De laatste jaren is steeds weer gebleken dat feitenrechters een strenger beleid plegen te hanteren bij het te laat indienen van stukken door partijen dan de Hoge Raad. Het is herhaaldelijk voorgekomen dat gerechtshoven een dergelijke termijnoverschrijding sanctioneren met niet-ontvankelijkheid. De Hoge Raad heeft deze sanctie echter consequent afgewezen, vanwege het ontbreken van een wettelijke basis daarvoor (NJ 2002, 119; NJ 2005, 480 en 481). Asser heeft in zijn noot onder NJ 2005, 481 over de drie genoemde uitspraken geschreven:

‘Ik vind de drie uitspraken van de Hoge Raad, los van hun principiële merites, eerlijk gezegd geen goed teken aan de praktijk. Er is in het algemeen geen enkele aanleiding om de uitspraak waarvan beroep en de gedingstukken uit de eerste aanleg niet binnen de termijn over te leggen en als dat eens een keer een probleem is, staat niets de advocaat in de weg om tijdig in overleg te treden met de griffie van het hof over de optredende vertraging. Hier wordt in wezen laksheid gesauveerd. Dat is zeker niet wat de wetgever met de modernisering van het civiele procesrecht voor ogen heeft gestaan en staat.’

Een soepel beleid door rechters ten aanzien van te laat ingediende stukken kan inderdaad leiden tot laksheid van (advocaten van) partijen bij het tijdig indienen van stukken. Elk gerecht krijgt immers de advocaten/partijen die het verdient.

De geschetste lijn van de Hoge Raad weerhoudt gerechtshoven er kennelijk echter niet van om te late indiening van stukken te sanctioneren. Dat daarbij creatief te werk wordt gegaan, blijkt bijvoorbeeld uit een beschikking van het Hof Amsterdam in een partneralimentatiezaak. In deze uitspraak heeft het hof de partij die op een, door het hof krachtens art. 22 Rv gedaan, verzoek, te laat (financiële) stukken heeft ingediend niet niet-

ontvankelijk verklaard, maar – weliswaar onder het kopje ‘De ontvankelijkheid van het hoger beroep’ – geoordeeld dat de man het hof niet in staat heeft gesteld zich een oordeel te vormen over de grieven van de man. De man gaat van deze beschikking in cassatie.

In afwijking van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad meent A-G Wesseling-van Gent dat art. 22 Rv (waarin staat dat bij een niet gerechtvaardigde weigering om op verzoek van de rechter stukken over te leggen deze rechter ‘de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht’) kan leiden tot de gevolgtrekking dat een beroep niet-ontvankelijk is. Zie hier de wettelijke basis waarvan de Hoge Raad meent dat deze ontbreekt. De advocaat-generaal beziet hetgeen in de onderhavige zaak is voorgevallen vervolgens in het licht van art. 22 Rv: het hof heeft het te laat indienen van de stukken van de man kunnen opvatten als een weigering in de zin van art. 22 Rv en daaraan de – minder vergaande (dan niet-ontvankelijkheid) – gevolgtrekking kunnen verbinden dat het niet in staat is om te oordelen. De advocaat-generaal concludeert dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is en verwerpt het cassatieberoep van de man. Zo niet de Hoge Raad (HR 7 december 2007, LJN BB 9613):

‘In aanmerking genomen dat het hier een in hoger beroep (de laatste feitelijke instantie) toe te passen bepaling [het tot 1 maart 2008 geldende artikel 5 lid 5 Uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures in familie zaken, inhoudende dat stukken uiterlijk op de zesde dag voor de zitting mogen worden overgelegd; LC] betreft en gelet op wat mede met het oog daarop uit de eisen van een goede procesorde voortvloeit, brengt deze bepaling het volgende mee. Ten aanzien van stukken die na het genoemde tijdstip zijn overgelegd, dient het hof te beoordelen of zij kort en eenvoudig te doorgronden zijn, zonedig na toelichting ter zitting door de partij die ze heeft overgelegd, in welk geval het hof de stukken toelaat, en dient het ten aanzien van de overige stukken – eventueel op de zitting – te onderzoeken of de wederpartij tegen de te late overlegging daarvan geen bezwaar heeft, in welk geval [het] de stukken eveneens toelaat of, indien sprake is van omvangrijke stukken, kan toelaten.

Uit de bestreden beschikking blijkt niet dat het hof een en ander heeft gedaan. Uit de retournering van de producties op de dag dat zij bij het hof waren ingekomen, moet in tegendeel worden afgeleid dat die beoordeling en dat onderzoek niet hebben plaatsgevonden.’

Wat de Hoge Raad hier doet, is het hof houden aan het door de vijf gerechtshoven zelf opgestelde uniform reglement, waarin een uitvoerige bepaling staat over het indienen van stukken. En dan blijkt dat het hof deze eigen rechtersregeling niet heeft toegepast, althans daarvan is niet gebleken. Het hof hanteert daarentegen een strenger beleid ten aanzien van te laat ingediende stukken dan waarin het uniform hofreglement voorziet en dat kan niet, aldus de Hoge Raad. Inmiddels hebben de gerechtshoven per 1 maart 2008 het uniform reglement vervangen door het nieuwe ‘Procesreglement verzoekschriftprocedures familie-

zaken gerechtshoven'. In dit nieuwe procesreglement is de bepaling voor het indienen van stukken aanmerkelijk aangescherpt, zodat deze bepaling nu beter aansluit bij de hiervoor beschreven rechtspraak van de hoven (art. 1.4.3). Stukken moeten nu uiterlijk op de tiende dag voorafgaand aan de zitting zijn ingediend. De bepaling dat het hof ten aanzien van te laat ingediende stukken dient te beoordelen of deze kort en eenvoudig zijn te doorgronden, is komen te vervallen, evenals de bepaling dat het hof toch op latere stukken kan letten als de wederpartij geen bezwaar heeft. Voor omvangrijke stukken geldt bovendien een nog strenger regime: dergelijke stukken die zonder noodzaak op of vlak voor de tiende dag voorafgaand aan de zitting worden overgelegd, kan het hof als in strijd met de goede procesorde, buiten beschouwing laten.

Dat de Hoge Raad het hof confronteert met en strikt houdt aan zijn eigen procesreglement past in een algemene tendens om dergelijke alternatieve regelgeving serieus te nemen en er belang aan te hechten (zo was alternatieve regelgeving het onderwerp van de NJV-adviezen van 2007; zie voorts voor een analyse van recente ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot alternatieve regelgeving: Giesen, WPNR 2008, 6772, p. 785 e.v.). Nu de Hoge Raad – met recht – kiest voor een benadering waarin het procesreglement centraal staat en dit, door het hof niet nageleefd, procesreglement recht is in de zin van art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO), heeft de Hoge Raad de beschikking van het hof kunnen vernietigen. Door deze benadering is de Hoge Raad echter niet toegekomen aan een behandeling van art. 22 Rv, de voorzet die de advocaat-generaal in haar conclusie had gegeven. Nu resteert de vraag wat de Hoge Raad – gelet op het nieuwe, strengere procesreglement van de gerechtshoven en gelet op de voorzet van de advocaat-generaal – in het vervolg in een dergelijke zaak zal oordelen ten aanzien van te laat ingediende stukken. Wordt dus zonder twijfel vervolgd.

De rol van deskundige, rechter en partijen in het voorlopig deskundigenbericht

Op 22 februari 2008 heeft de Hoge Raad twee parallelbeschikkingen in medische letselschadezaken gewezen (LJN BB3676 en BB5626). De beide beschikkingen verschaffen duidelijkheid over belangrijke procedurele kwesties ten aanzien van het (voorlopig) medisch deskundigenbericht. Om te beginnen geeft de Hoge Raad het signaal af dat het voorlopige deskundigenonderzoek zich niet leent voor het boven tafel krijgen van de door een procespartij (in beide zaken verzekeraar Fortis) gewenste, door de wederpartij te verstrekken, gegevens. De Hoge Raad oordeelt dat het namelijk niet een procespartij, maar

'de deskundige is, die heeft te bepalen welke door partijen te verschaffen gegevens voor de uitvoering van het hem opgedragen onderzoek noodzakelijk zijn'.

Fortis had de rechtbank in beide zaken niet alleen verzocht een voorlopig deskundigenbericht te gelasten, maar had de rechtbank tevens verzocht te bepalen dat de te benoemen deskundige zou beschikken over een aantal met name genoemde stukken, te weten: het gehele medisch dossier van verweerder (van voor en

na het ongeval dat verweerder is overkomen), waarbij in een van beide zaken in het bijzonder de patiëntenkaart van de tien jaren voorafgaand aan het ongeval, wordt genoemd. De rechtbank heeft dit laatstgenoemde verzoek van Fortis in beide zaken afgewezen, het hof heeft beide beschikkingen van de rechtbank vervolgens bekrachtigd en ook de Hoge Raad snijdt Fortis in haar jacht op het medische dossier van de wederpartijen de pas af, door te oordelen dat in het stelsel van de wet niet past

'dat de verzoeker bij zijn verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht aan de rechter die over het verzoek oordeelt, het nevenverzoek doet de (eventuele) wederpartij op voorhand te bevelen bepaalde gegevens aan de deskundige te verschaffen'.

Uit het voorgaande volgt bovendien dat het, evenmin als partijen, de rechter is die in deze voorfase van de procedure bepaalt welke gegevens voor het voorlopige deskundigenonderzoek nodig zijn. Deze rol wordt immers uitsluitend aan de deskundige toegekend. *En passant*, geeft de Hoge Raad hier de lagere rechtspraak, die verdeeld was over de zogeheten regiefunctie van de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht, dus de nodige houvast (zie met name de recente dissertatie van De Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure, Deventer: Kluwer 2008, p. 306 e.v.; zie voor een overzicht van deze lagere rechtspraak: <[www.rechten.vu.nl/iwmd](http://www.rechten.vu.nl/iwmd)>). Uit de aangehaalde overwegingen blijkt immers van een slechts beperkte regiefunctie van de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht.

En de beide uitspraken verschaffen nog meer duidelijkheid omtrent de omvang van de regiefunctie van de rechter in het voorlopig deskundigenonderzoek. Indien een partij weigert mee te werken aan het deskundigenonderzoek, kan vervolgens pas de rechter in de *hoofdprocedure* de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, aldus de Hoge Raad reeds in 2004 (RvdW 2004, 54) en nu weer in de parallelbeschikkingen. Een ander oordeel (namelijk dat reeds de rechter in de voorfase de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht) was ook goed denkbaar geweest, aangezien art. 22 Rv ook in de voorfase van toepassing is. De Hoge Raad legt echter de regie lopende het voorlopig deskundigenonderzoek uitsluitend in handen van de deskundige en bewaart de sanctie op het niet verlenen van medewerking door een partij tot de hoofdprocedure.

Indien het voorlopig deskundigenbericht echter gereed is en aan de wederpartij is verstrekt, dan is de regiefunctie van de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht wél groter, leren de parallelbeschikkingen. Niet alleen de rechter in de hoofdprocedure, maar ook de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht kan partijen in dat geval instructies geven betreffende het verschaffen van informatie aan de wederpartij. De Hoge Raad bepaalt immers dat, voor zover een partij geen gebruik heeft gemaakt van zijn blokkeringsrecht (het recht om kennisneming door derden van medische informatie betreffende deze partij te blokkeren) deze partij op verzoek van de wederpartij of

‘op bevel van de rechter die het bevel tot het deskundigenbericht heeft gegeven dan wel de rechter in de hoofdprocedure, alsnog verplicht [is] alle door haar aan de deskundige verschaft medische gegevens aan de wederpartij in afschrift of inzage te verstrekken. Weigert zij dit te doen, zonder dat zij daartoe gewichtige redenen als bedoeld in art. 22 Rv. heeft aangevoerd welke door de rechter gegrond zijn geoordeeld, dan zal de rechter in de hoofdprocedure uit die weigering de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht’.

Een mijns inziens juiste beslissing, omdat art. 22 Rv, zoals gezegd, ook in de voorfase van toepassing is. Wel is opmerkelijk dat alleen de rechter in de *hoofdprocedure* in geval van een weigering om stukken over te leggen de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht. De Groot merkt in haar proefschrift (p. 306, noot 264) op dat denkbaar is dat de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht met een weigerachtige proceshouding van een partij rekening kan houden bij de proceskostenafwikkeling. Ook dat zou naar mijn mening aan te merken zijn als een gevolgtrekking in de zin van art. 22 Rv.

Een ander belangrijk punt in beide beschikkingen betreft de uit art. 198 lid 2 Rv voortvloeiende regel dat een partij afschriften dient te verstrekken van de stukken en gegevens die hij aan een deskundige heeft doen toekomen. Dit is een belangrijk aspect van het beginsel van hoor en wederhoor en staat derhalve ook met zoveel woorden in de centrale hoor- en wederhoorbepaling, art. 19 Rv. Blijkens de parallelbeschikkingen geldt deze verplichting om een afschrift aan de wederpartij te verstrekken

‘echter niet onverkort voor medische gegevens die aan de deskundige worden verstrekt door de partij die eventueel gebruik kan maken van het blokkeringsrecht van art. 7:464 lid 2, aanhef en onder b, BW. Deze partij is, met het oog op de eventuele uitoefening van haar blokkeringsrecht in beginsel niet verplicht de door haar aan de deskundige verschaft medische gegevens tegelijkertijd aan de wederpartij in afschrift of ter inzage te verstrekken. Dit lijdt echter in een geval dat de wederpartij een verzekeraar is die beschikt over een medisch adviseur, in zoverre uitzondering dat tevens en tegelijkertijd aan de medisch adviseur van de verzekeraar alle aan de deskundige verschaft medische gegevens in afschrift of ter inzage dienen te worden verstrekt. Aangenomen moet immers worden dat de medisch adviseur, ook ten opzichte van de verzekeraar alle aan de deskundige verschaft medische gegevens in afschrift of ter inzage dienen te worden verstrekt’.

Het recht van de wederpartij op afschrift wordt derhalve aanzienlijk genuanceerd in deze beschikkingen. Dit voor het medisch deskundigenbericht aparte regime beoogt een balans te vinden tussen het recht op privacy van de ene procespartij enerzijds en het recht op hoor en wederhoor van haar wederpartij anderzijds.

Apart regime voor nieuwe grieven en feiten bij alimentatie: hoor en wederhoor

De hoofdregel in appèl is dat een appèlrechter geen acht mag slaan op grieven die voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep worden aangevoerd, tenzij de wederpartij ondubbelzinnig erin toestemt dat de grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken. Voor alimentatiezaken geldt echter sinds 1991 (NJ 1992, 407) het volgende, veel lossere regime, zoals herhaald door de Hoge Raad in een uitspraak van 22 februari 2008, LJN BB9670:

‘Weliswaar staat het de appelrechter in zaken betreffende levensonderhoud vrij om rekening te houden met feiten waarop een partij voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling een beroep doet, maar de eisen van de goede procesorde brengen dan wel mee dat de wederpartij genoegzaam gelegenheid wordt geboden haar verweer of haar stellingen naar aanleiding daarvan aan te vullen en, voor zover nodig, ook overigens haar standpunt te herzien.’

Dit aparte regime sluit aan bij de wettelijke mogelijkheid tot wijziging van rechterlijke alimentatieuitspraken, indien bij de uitspraak is uitgegaan van onjuiste of onvolledige gegevens dan wel indien sinds de uitspraak sprake is van gewijzigde omstandigheden (art. 1:401 Burgerlijk Wetboek (BW)). Gelet op de strekking van deze wijzigingsmogelijkheid hebben partijen in een dergelijke procedure er belang bij dat alimentatie zo veel als mogelijk wordt vastgesteld op basis van een ‘juiste en volledige waardering van de van belang zijnde omstandigheden’ (NJ 1992, 407). Vandaar dat nog tot in een laat stadium nieuwe grieven en feiten aangevoerd mogen worden. Vereist is echter wel dat de feitenrechters de wederpartij voldoende gelegenheid bieden voor wederhoor. En daarvan gaf het Hof Amsterdam echter onvoldoende blijk, zodat de Hoge Raad op 22 februari 2008 de bestaande lijn nog eens geduldig uiteen heeft gezet.

#### Grenzen van de rechtsstrijd bij het vaststellen van schade

In een uitspraak van 27 juni 2008 (LJN BD1842) bevestigt de Hoge Raad weer eens de vaste lijn (zie bijvoorbeeld NJ 1986, 567, NJ 1991, 746 en NJ 1998, 314) dat de feitenrechter een grote mate van vrijheid toekomt bij het begroten van schade:

‘Het middel is tevergeefs voorgesteld. Het miskent in de eerste plaats dat de uitleg van de gedingstukken is voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt. Het middel ziet voorts eraan voorbij dat de rechter bij de begroting van de schade een grote mate van vrijheid toekomt en dat de rechter daarbij niet is gebonden aan de regels omtrent stelplicht en bewijslast. Het hof was daarom niet gehouden zijn oordeel verder te motiveren dan het heeft gedaan en het hof behoeft niet uitdrukkelijk op het bewijsaanbod ter zake van de omvang van de schade in te gaan. Onbegrijpelijk is het oordeel van het hof niet.’

Gelet op deze regel van grote rechterlijke vrijheid bij de schadebepaling is het dan ook niet zo verwonderlijk dat A-G Huyde-

coper in zijn conclusie vóór een arrest van krap vier maanden later (HR 17 oktober 2008, LJN BE7201) meent dat het hof bij het vaststellen van schade in een vrijwaringsprocedure die grote vrijheid toekomt. Wel doet de procesgang tot op dat moment Huydecoper verzuchten dat deze ‘bepaald ongelukkig’ is en hij vraagt zich af of het systeem dat mede uit deze regel naar voren komt geen ‘heroverweging behoeft’. Hij wordt vrijwel meteen op zijn wenken bediend: uit het daarop volgende arrest blijkt dat ook die grote vrijheid van de rechter grenzen kent en dat de regels van stelplicht en bewijslast wel degelijk een rol kunnen spelen bij het vaststellen van schade.

In die ‘bepaald ongelukkige’ procesgang is sprake van een hoofdzaak, waarin Embrica van Baros schadevergoeding uit wanprestatie vordert. Daarnaast is er een procedure waarin Baros het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers (COA) in vrijwaring heeft opgeroepen. Ter gelegenheid van de in beide zaken gecombineerde comparitie in eerste aanleg hebben de partijen in beide zaken de afspraak gemaakt dat alle gedingstukken in de hoofdzaak geacht kunnen worden herhaald en ingelast te zijn in de vrijwaringsprocedure en vice versa. In eerste aanleg is een tamelijk beperkt debat over de omvang van de schade tussen partijen gevoerd, dat bovendien niet is voortgezet in hoger beroep. In eerste aanleg liet zich dit gebrek aan voldoende partijdebat nog niet voelen, omdat in die aanleg de vordering in beide procedures is afgewezen en de kantonrechter dus niet over de hoogte van de schadevergoeding heeft hoeven beslissen.

In hoger beroep, waarin beide procedures zijn gevoegd, moet de appèlrechter wél de omvang van de schade in beide zaken vaststellen en die stuit daarbij dus op de beperkte gegevens waarop hij zijn beslissing kan baseren. In de hoofdzaak gaat het hof uit van de door Embrica, in aansluiting op een door Embrica in eerste aanleg in het geding gebracht rapport van 14 juli 2003, gevorderde schadevergoeding. In de vrijwaringsprocedure gaat het hof ervan uit dat de vordering van Baros tegen het COA hierbij aansloot, uiteraard beperkt tot de aan Embrica toegewezen bedragen. En deze stap in de vrijwaringsprocedure is er een te ver volgens de Hoge Raad:

‘Aldus oordelend heeft het hof in strijd met art. 24 Rv. feitelijke gronden aangevuld en is het buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen getreden.

De omstandigheid dat het rapport van 14 juli 2003 door de (...) weergegeven afspraak gold als mede overgelegd in de onderhavige procedure [de vrijwaringsprocedure; LC], vormde voor dat oordeel onvoldoende grondslag. Het aldus overleggen van processtukken uit een andere procedure is niet voldoende om hetgeen in die stukken aan stellingen en feiten is te vinden te beschouwen als aangevoerd in het geding waarin dat overleggen heeft plaatsgevonden, en aldus als mede aan het in dat geding gevoerde verweer ten grondslag gelegd. De partij die zulke stellingen en feiten wil inroepen, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter en de wederpartij duidelijk is.’

Van Baros had in de vrijwaringsprocedure dus meer activiteit verwacht mogen worden en van de appèlrechter in diezelfde

procedure wat minder, ook al ging het hierbij om het vaststellen van de schadeomvang. Een nuancering derhalve van de in juni jl. nog door de Hoge Raad bevestigde vaste regel die de rechter juist een grote mate van vrijheid bij de begroting van de schade toekent.

*Mevrouw mr. L.M. Coenraad*