

JBPR 2013/41 Hoge Raad 's-Gravenhage, 26-04-2013 Bewijsvermoeden, tegenbewijs, Contra-enquête

Wetsbepaling(en):

RV artikel 150, RV artikel 150, RV artikel 152, RV artikel 152, RV artikel 166, RV artikel 166, RV artikel 168, RV artikel 168, RV artikel 170, RV artikel 170, RV artikel 353, RV artikel 353

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2013:BZ8766, JIN 2013/98, NJ 2013/261, NJB 2013/1260, RAR 2013/99, RAV 2013/71, RvdW 2013/634, JWB 2013/236

JBPR 2013/41, Hoge Raad, 26-04-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8766, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8766, 12/00814 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bewijsvermoeden, tegenbewijs, Contra-enquête

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	26-04-2013, 26-04-2013
Publicatie	JBPR 2013/41 (Sdu Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht), aflevering 4, 2013
Annotator	• mr. J.C. van Nass
ECLI	ECLI:NL:HR:2013:BZ8766 , ECLI:NL:PHR:2013:BZ8766
Zaaknummer	12/00814 , 12/00814
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:HR:2013:BZ8766• JIN 2013/98 met annotatie van M.A.J.G. Janssen• RvdW 2013/634• NJB 2013/1260• NJ 2013/261• RAR 2013/99• RAV 2013/71• JWB 2013/236• AR-Updates.nl 2013-0353

- ECLI:NL:PHR:2013:BZ8766
- JIN 2013/98 met annotatie van M.A.J.G. Janssen
- NJB 2013/1260
- NJ 2013/261
- JWB 2013/236

Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Bakels• mr. Van Buchem-Spapens• mr. Snijders• mr. De Groot• mr. Polak
Partijen	Bruscom BV te Schijndel, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. R.P.J.L. Tjittes, tegen [verweerder] te [woonplaats], verweerder in cassatie, niet verschenen.
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none">• Rv - 150• Rv - 152• Rv - 166• Rv - 168• Rv - 170• Rv - 353

Samenvatting

De partij, die haar recht op bewijslevering in contra-enquête niet gebruikt, is in staat geweest haar aanspraak op nadere bewijslevering ten aanzien van het betrokken feitencomplex te verwezenlijken en hoeft niet meer tot bewijslevering te worden toegelaten ter zake van dat feitencomplex. Dat kan anders zijn als het nadere bewijsaanbod betrekking heeft op nieuw bewijsmateriaal of nieuwe feiten en geldt slechts binnen dezelfde instantie.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wesseling-van Gent)

Het gaat in deze zaak om de vraag of een gegeven bewijsopdracht een bindende eindbeslissing is en om de vraag of de rechter de partij die de bewijslast draagt, uitdrukkelijk in de gelegenheid moet stellen nader bewijs te leveren indien de andere partij is geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen feiten die de rechter voorshands bewezen heeft geacht.

1. Feiten en procesverloop

1.1. Eiseres tot cassatie, Bruscom, is de moedermaatschappij van Datelnet N.V. (voorheen Datelnet Groep B.V.), hierna: Datelnet. Datelnet Conversie B.V., hierna: Datelnet Conversie, is een dochter van Datelnet. Datelnet Conversie, tevens handelend onder de naam GEO Data, richt zich op de digitalisering van kabel- en leidinggegevens.

Verweerder in cassatie, [verweerder], was vanaf 1 juli 1996 titulair directeur van Datelnet Conversie.

1.2. Tussen Datelnet Conversie en een belangrijke opdrachtgever, Edon, is in november 1996 een mantelovereenkomst tot stand gekomen, waarbij is overeengekomen dat Datelnet Conversie voor Edon over de periode 1996 tot en met 2001 in totaal 85.000 km leidingkaart zou digitaliseren tegen een bedrag van f 0,505 (excl. BTW) per te converteren meter, derhalve in totaal voor een bedrag van f 42.925.000,= (€ 19.478.515,=).

Edon garandeerde hiertoe jaarlijks een bepaald aantal te converteren kilometer leidingkaart aan te bieden aan Datelnet Conversie. Facturering zou plaatsvinden op basis van geaccepteerde meter conversiewerkzaamheden. In dezelfde mantelovereenkomst heeft Edon aan Datelnet Conversie een "renteloos voorschot ter voldoening aan haar garantieverplichting voor wat betreft het aantal te converteren kilometers" verstrekt van f 2.500.000,=. Datelnet Conversie diende dit bedrag in acht halfjaarlijkse tranches terug te betalen aan Edon.

1.3. In 1997 kon Edon niet voldoen aan haar contractuele verplichting tot het leveren van een bepaald aantal te converteren kilometer leidingkaart. Hierdoor ontstonden liquiditeitsproblemen bij Datelnet Conversie. Eind 1997 is hierover een afspraak tussen Edon en Datelnet Conversie tot stand gekomen, inhoudende dat Edon aan Datelnet Conversie een rentedragende lening verstrekt door het totale bedrag dat overeenkwam met de waarde van de niet geleverde leidingkaarten ineens op factuur te betalen. Datelnet zou dit bedrag van f 5,1 mio, vermeerderd met rente, crediteren in 43 periodieke (vier wekelijkse) termijnen van f 133.431,=.

In de jaarrekening 1997 is dit bedrag van f 5,7 mio geboekt als omzet van Datelnet Conversie.

1.4. Op 5 juni 1998 heeft Datelnet een overeenkomst met [verweerder] gesloten die onder meer voor [verweerder] een jaarlijkse tantième ter grootte van 5% van de winst vóór belastingen van Datelnet Conversie inhield, alsmede een extra winstdelingsregeling, waarbij [verweerder] een winstdeling zou krijgen van f 1,5 mio netto wanneer de winst van Datelnet Conversie 1998-2000 vóór belasting meer zou bedragen dan f 8,5 mio maar minder dan f 12 mio, en een winstdeling van f 1,7 mio netto, wanneer de winst meer zou zijn dan f 12 mio. Voorts verkreeg [verweerder] op grond van de overeenkomst 5000 opties op aandelen in Datelnet.

Later in 1998 zijn de verplichtingen die Datelnet in deze overeenkomst op zich had genomen jegens [verweerder], overgenomen door Bruscom.

1.5. In het voorjaar van 1999 zijn tussen Datelnet Conversie en Edon nieuwe afspraken tot stand gekomen, blijkend uit een fax van Edon aan [verweerder] van 26 augustus 1999. Deze afspraken hielden onder meer in dat Datelnet Conversie gedurende de looptijd van het project elke maand een vast bedrag zou factureren aan Edon. Als uitvoering van deze afspraak zijn – met medeweten van de concernleiding – vanaf periode 10 van 1999 (dat is vanaf het laatste kwartaal 1999) vierwekelijkse facturen gezonden aan Edon ter hoogte van f 1.184.000,=. Deze facturen werden verzonden vanaf de hoofdvestiging van de Datelnet Groep in Den Bosch.

1.6. [Verweerder] was niet betrokken bij de opstelling van de facturen.

1.7. Normaal gesproken werd door de Datelnet Groep gefactureerd op basis van de zogenoemde PAS-voortgangsformulieren. Op deze formulieren diende de operations manager van het betreffende project per week aan te geven hoeveel voortgang die week was geboekt, dat wil zeggen

hoeveel eenheden gegevens die week waren geconverteerd. De PAS-formulieren werden wekelijks naar het hoofdkantoor in Den Bosch gezonden en aldaar verwerkt.

Op de PAS-formulieren voor het Edon-project zijn vanaf week 40 van 1999 (periode 10) onjuiste gegevens ingevuld met betrekking tot de voortgang van de conversiewerkzaamheden. De onjuiste conversiegegevens op de PAS-formulieren kwamen uit op rond de 3000 km per vier weken (soms iets meer en soms iets minder). In werkelijkheid bleef de productie ver achter bij deze gegevens.

1.8. Datelnet heeft vanaf de tweede helft van 1999 een beursgang overwogen. Mede met het oog daarop is aan de houders van certificaten en opties verzocht deze terug te verkopen aan Bruscom c.q. het optierecht niet uit te oefenen en hiervan afstand te doen. Met betrekking tot de door Bruscom te betalen koopprijs voor de opties bepaalde het toepasselijke optiereglement dat deze "in het zicht van een beursgang van Datelnet Groep NV (...) gelijkgesteld [wordt] aan de beurswaarde per aandeel (...)".

1.9. Bruscom heeft op 6 januari 2000 een overeenkomst gesloten met [verweerder], waarin is neergelegd dat [verweerder] tegen een vergoeding van in totaal f 3.850.000,= zijn optierechten niet zal uitoefenen, uit te keren in vier tranches. Voorts is in de overeenkomst bepaald:

"dat aldus op een redelijke wijze en finaal uitvoering is gegeven aan alle rechten van [verweerder] uit hoofde van voornoemde optieregeling zowel voor huidige rechten als toekomstige, over een periode tot 31 december 2001".

In een eerste side-letter behorende bij deze overeenkomst is onder meer het volgende vermeld:

"Bruscom BV gaat ervan uit dat de waarde van de opties van [verweerder] op 1 april 2000 minimaal een waarde van f 3.850.000 zullen hebben. Partijen gaan ervan uit dat de waarde van de opties van [verweerder] per heden een waarde hebben van maximaal f 1.095.000."

In een derde side-letter is onder meer het volgende vermeld:

"Partij [verweerder] verleent hierbij uit dien hoofde nadrukkelijk en onvoorwaardelijk finale kwijting aan Datelnet Groep BV en/of Datelnet Conversie BV voor alle rechten van financiële aard (...) welke ten tijde van het ondertekenen van deze side-letter en in de toekomst - vanwege de verlenging van de huidige arbeidsovereenkomst - tot 31 december 2001 voortvloeien uit enige arbeidsrechtelijke verhouding tussen hen, van welke aard dan ook zijnde. Met name heeft de hierbij door [verweerder] dienaangaande verleende algehele en finale kwijting betrekking op de uit de genoemde arbeidsverhoudingen eventueel voortvloeiende verplichtingen tot uitkering van tantièmes (o.a. de 5% regeling), (extra) winstdeling, het verstrekken van opties respectievelijk het uitoefenen van optierechten, zulks met betrekking tot de periode van 5 juni 1996 tot en met 31 december 2001."

1.10. Op de avond van 18 april 2000 is besloten dat de op 19 april 2000 voorziene beursgang van Datelnet NV geen doorgang zou vinden.

1.11. Vanaf mei 2000 is [verweerder] ziek thuis geweest. Zijn taken zijn vanaf eind juni 2000 overgenomen door interim directeur [betrokkene 1].

Kort na zijn aantreden heeft [betrokkene 1] in een aantal memo's aan de concerndirectie melding gemaakt van het feit dat de feitelijke productie van Datelnet Conversie voor Edon sterk was achtergebleven ten opzichte van de gefactureerde productie. Hij constateerde tot en met periode 6 van 2000 een verschil in netto resultaat ten opzichte van de rapportage van tussen de f 3,7 en f 6,9 mio, afhankelijk van het feit of er gewaardeerd werd tegen gemiddelde inkoopprijs of contractsprijs.

1.12. Bruscom heeft haar huisaccountant, Deloitte & Touche, een onderzoek laten instellen naar het vermoeden van onjuiste gegevensverschaffing door [verweerder], al dan niet in samenspanning met anderen, al dan niet opzettelijk. In het door Deloitte & Touche opgestelde Rapport van bevindingen van 16 oktober 2000 is in de samenvatting onder meer het volgende vermeld:

“Wij hebben binnen Geodata een onderzoek ingesteld naar mogelijke misstanden in de administratie en naar mogelijk daarmee samenhangende onvolkomenheden in de financiële rapportering naar Datelnet Groep NV (...) Gebleken is dat er in 1999 sprake is geweest van valselijk opgemaakte en ondertekende PAS-voortgangsformulieren. In bedoelde formulieren is een productie voor het Edoncontract van circa 12.000.000 meter als in 1999 gerealiseerd opgegeven, terwijl uit de rapportage van de projectleider blijkt dat de werkelijke productie in 1999 slechts circa 100.000 meter heeft bedragen; Uit het door Deloitte & Touche Accountants in bijlage A opgenomen rapport blijkt dat als gevolg van de wijze van verwerken in de administratie van de valselijk opgemaakte en ondertekende PAS-voortgangsformulieren de winst 1999 van Datelnet Conversie BV voor een bedrag van circa f 3.800.000 (na vennootschapsbelasting) te hoog is voorgesteld; (...) Bij de saldibalans 1999 van Datelnet Conversie BV, die als jaarrekening van deze vennootschap moet worden aangemerkt en waarin de winst 1999 (na vennootschapsbelasting) voor een bedrag van f 4.450.000 te hoog is voorgesteld, is door [verweerder] en [betrokkene 2] een op 13 maart 2000 gedateerde bevestiging aan Datelnet Groep NV afgegeven; Tijdens de door ons gehouden interviews is door [betrokkene 3], [betrokkene 4] en [betrokkene 5] verklaard dat voor het valselijk opmaken van de PASvoortgangsformulieren opdracht is verstrekt door [verweerder]. [Verweerder] en/of zijn broer hebben dat ontkend. Vaststaat dat [verweerder] volledig op de hoogte was van de vertraging, die in de periode 10 tot en met 12 over 1999 is opgetreden in de aanlevering van te produceren meters door Edon. Ook staat vast dat de werkelijke productie voor Edon in de perioden 10 tot en met 13 over 1999 nagenoeg nihil is geweest. Tevens staat vast dat ten onrechte over die perioden een productie/omzet in de financiële verslaggeving is verwerkt van circa f 5.900.000. Bovendien staat vast dat [verweerder] op 13 maart 2000 bij de kolommenbalans 1999 (= jaarrekening 1999) waarin bedoelde productie derhalve ten onrechte is verwerkt, een schriftelijke bevestiging aan Datelnet Groep NV heeft verstrekt. Hieruit concluderen wij dat, ook al zou [verweerder] geen opdracht hebben gegeven voor het valselijk opmaken van de PASvoortgangsformulieren, hij tenminste op 13 maart 2000 had moeten constateren, dat hij ten onrechte een bevestiging bij de kolommenbalans 1999 (= jaarrekening 1999) heeft afgegeven. Wij menen dat dit juridisch kan worden aangemerkt als valsheid in geschrifte. (...)”

1.13. Als gevolg van de onjuiste omzetbepaling is de omzet en de winst van Datelnet Groep over 1999 – in totaal ruim/13 mio – met een bedrag van circa f 4,46 mio (na belasting) te hoog vastgesteld.

1.14. [Verweerder] is bij brief van 24 oktober 2000 op staande voet ontslagen wegens malversaties.

1.15. Omdat [verweerder] de objectiviteit van het door Deloitte & Touche uitgevoerde forensisch onderzoek in twijfel heeft getrokken, heeft in opdracht van Datelnet een aanvullend onderzoek plaatsgevonden door [betrokkene 6] van Ernst & Young, toegespitst op de vraag of de geconsolideerde jaarrekening van de Datelnet Groep, voor zover betrekking hebbend op Datelnet Conversie, is gebaseerd op de PAS-formulieren, en derhalve niet op de voorschotnota's. In een brief van 30 januari 2001 heeft [betrokkene 6], onder verwijzing naar een 'Rapport van bevindingen inzake gerapporteerde omzet 1999 Datelnet BV/Datelnet Conversie BV', vermeld dat hij heeft kunnen vaststellen dat zulks het geval is geweest. Tevens is in een 'Rapport van bevindingen inzake de elektronische vastlegging van de gerapporteerde omzet 1999 van Datelnet BV/Datelnet Conversie BV' van 30 januari 2001 vermeld, naar aanleiding van opmerkingen van [verweerder], dat het uiterst onwaarschijnlijk lijkt dat achteraf wijzigingen zijn aangebracht in het PAS-systeem.

1.16. [Verweerder] heeft zich bij de kantonrechter te Assen beroepen op de nietigheid van het ontslag. Bij vonnis van 29 oktober 2001 heeft de kantonrechter geoordeeld dat er onvoldoende grond was voor een ontslag op staande voet. Datelnet Conversie heeft hoger beroep ingesteld tegen

dit vonnis. Bij vonnis van 21 mei 2003 heeft de rechtbank te Assen het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

Datelnets Conversie heeft voorts ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [verweerder] verzocht, voor zover zou blijken dat deze na het ontslag op 24 oktober 2000 doorloopt. Bij beschikking van 1 maart 2001 heeft de kantonrechter te Assen het verzoek toegewezen. Gelet op alle omstandigheden heeft de kantonrechter geoordeeld dat er aanleiding is om een vergoeding naar billijkheid toe te kennen aan [verweerder].

1.17. [Verweerder] heeft – tezamen met een aantal andere (oud)werknemers van Datelnets – een arbitrale procedure aangespannen tegen Bruscom over de hoogte van de door Bruscom betaalde vergoedingen in het kader van de uitkoopovereenkomsten (met [verweerder] is dit de overeenkomst van 6 januari 2000). In de arbitrale uitspraak van 1 oktober 2004 is beslist dat [verweerder] géén aanspraak kan maken op een vergoeding berekend op basis van de beurswaarde van Datelnets nu uiteindelijk geen beursgang heeft plaatsgevonden.

1.18. Bruscom¹ heeft [verweerder] bij inleidende dagvaarding van 26 oktober 2001 gedagvaard voor de rechtbank Assen en heeft daarbij, na wijziging van eis, – verkort weergegeven –

i. gevorderd dat de tussen Bruscom en [verweerder] gesloten overeenkomst van 6 januari 2000 wordt vernietigd op grond van bedrog of dwaling en [verweerder] wordt veroordeeld tot terugbetaling aan Bruscom van een bedrag van € 1.125.693,27 te vermeerderen met rente;

ii. een verklaring voor recht gevorderd dat [verweerder] in 1999 en 2000 onrechtmatig heeft gehandeld jegens Bruscom en voorts gevorderd dat [verweerder] wordt veroordeeld tot schadevergoeding, deels op te maken bij staat, alsmede tot betaling van een schadebedrag van € 1.152,819,=.

1.19. Bruscom heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat [verweerder] de productierapportage, die niet overeenstemt met de werkelijkheid, opzettelijk en uit eigen belang heeft laten uitbrengen, en zowel het wezenlijk onjuist budget 2000 als de kolommenbalans over 1999 voor akkoord heeft getekend, terwijl hij wist dat deze waren gebaseerd op de aanname dat de over 1999 gerapporteerde productie ook daadwerkelijk was gerealiseerd. Volgens Bruscom heeft zij hierdoor schade te hebben geleden omdat dientengevolge:

- aan [verweerder] en de andere certificaat- en optiehouders een te hoge afkoopsom is betaald;
- aan [verweerder] een te hoge afkoopsom voor zijn tantième- en winstdelingsregeling is betaald;
- Datelnets en Datelnets Conversie € 523.126,45 aan directe kosten hebben moeten maken en een nader bij staat op te maken bedrag aan indirecte kosten.

1.20. De rechtbank heeft de vorderingen bij vonnis van 27 juli 2005 afgewezen.

1.21. Bruscom² is, onder aanvoering van vier grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Leeuwarden en heeft daarbij gevorderd dat het hof het vonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Bruscom alsnog toewijst.

[Verweerder] heeft de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging, zonodig onder verbetering en aanvulling van de gronden.

1.22. Na tussenarrest te hebben gewezen op 19 september 2007 (gerectificeerd bij arrest van 17 oktober 2007), 16 april 2008 en 22 september 2009 heeft het hof bij eindarrest van 25 oktober het vonnis van de rechtbank van 27 juli 2005 bekrachtigd.

1.23. Bruscom heeft tegen de arresten van 22 september 2009 en 25 oktober 2011 tijdig³ beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

Bruscom heeft de zaak schriftelijk toegelicht.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bevat drie onderdelen.

Onderdeel 1 is gericht tegen de rechtsoverwegingen 12 en 13 (en het dictum) van het arrest van 22 september 2009, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“12. Het hof heeft in zijn eerdere tussenarresten overwogen dat [verweerder] bewijs mag leveren van zijn stelling dat de concernleiding van Datelnet wetenschap had van de omstandigheid dat in het Edon-project de werkelijk gerealiseerde omzet ver achterbleef bij de op de PAS-voortgangsformulieren vermelde omzet. Hoewel dit in eerdergenoemde tussenarresten niet uitdrukkelijk is overwogen, heeft het hof ook hier bedoeld [verweerder] toe te laten tot tegenbewijs. De onderhavige stelling van [verweerder] komt immers neer op een betwisting van het bedrog, in die zin dat de concernleiding volgens hem wist dat de cijfers vals waren en dus niet door hem op het verkeerde been is gezet. De bewijslast van het bedrog rust op Bruscom. Het hof acht evenwel het bedrog met de valse opgaven en de inhoud van de stukken voorshands voldoende bewezen, behoudens tegenbewijs door [verweerder]. Dit tegenbewijs kan hij leveren indien hij het door hem gestelde inzake de wetenschap bij de concernleiding voldoende aannemelijk maakt.

13. De zaak zal naar de rol worden verwezen teneinde [verweerder] alsnog in de gelegenheid te stellen dit tegenbewijs te leveren.”

2.2. Het onderdeel klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordelen onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd omdat de oordelen in rechtsoverweging 32 van het arrest van 19 september 2007 en in de rechtsoverwegingen 6, 7 en 8 van het arrest van 16 april 2008 uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven bindende eindbeslissingen inhouden en het hof niet voldoende kenbaar heeft geoordeeld dat zich een (valide) grond voordoet op grond waarvan het daarvan mocht afwijken.⁴ In ieder geval is niet duidelijk of sprake is van bindende eindbeslissingen of voorlopige oordelen zodat sprake is van een onbegrijpelijke motivering, aldus de klacht.⁵

Met deze klacht hangt samen de klacht samen dat het hof met zijn oordeel dat met het aan [verweerder] opgedragen bewijs met betrekking tot de wetenschap van de concernleiding van Datelnet tegenbewijs was bedoeld, ten onrechte niet, althans niet voldoende kenbaar het criterium heeft toegepast dat het oordeel hoe een eerdere bewijsopdracht moet worden uitgelegd mede afhangt van het antwoord op de vraag hoe de desbetreffende procespartijen deze oordelen redelijkerwijs hebben mogen opvatten.⁶

Volgens het onderdeel is het oordeel voorts onbegrijpelijk in het licht van de eerdere arresten waarin het hof onderscheid heeft gemaakt tussen het te leveren tegenbewijs en bewijs. Ook zijn partijen, aldus het onderdeel, er blijkens de gedingstukken tot het arrest van 22 september 2009 vanuit gegaan dat op [verweerder] het bewijs – in de zin van de bewijslast rustte – met betrekking tot de stelling dat de concernleiding wetenschap zou hebben.

2.2. De klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

2.3. Ik stel daarbij voorop dat de formulering van een bewijsopdracht steeds een voorlopig karakter heeft, hetgeen meebrengt dat de rechter daaraan in de verdere loop van het geding niet is gebonden en er altijd op kan terugkomen. Een bewijsopdracht is geen eindbeslissing, ook niet omtrent de verdeling van de bewijslast.⁷ Er is in beginsel wel sprake van een bindende eindbeslissing indien de rechter bij de opdracht uitdrukkelijk en zonder voorbehoud ook een oordeel geeft over de gevolgen die hij verbindt aan het al dan niet slagen van de bewijsopdracht.⁸ Bovendien kan hij in de motivering van de bewijsopdracht mede een bindende eindbeslissing geven.

Of en in hoeverre een oordeel uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is gegeven, is een vraag van uitleg, die als zodanig van feitelijke aard is.⁹

2.4. In de onderhavige zaak heeft het hof in zijn eerste tussenarrest van 19 september 2007 geoordeeld dat uit het rapport van Deloitte & Touche in voldoende mate naar voren komt dat [verweerder] instructie heeft gegeven tot het onjuist invullen van de PAS-voortgangsformulieren (rov. 21), dat in voldoende mate is komen vast te staan dat [verweerder] zijn goedkeuring heeft gegeven aan de saldibalans 1999 (rov. 22) en dat [verweerder] bekend was of redelijkerwijs had moeten zijn met de onjuiste omzetgegevens (rov. 23). Vervolgens heeft het hof het volgende overwogen:

“24. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is het hof voorshands van oordeel dat in voldoende mate is komen vast te staan dat [verweerder] instructie heeft gegeven tot het onjuist invullen van de PAS-voortgangsformulieren, alsmede dat [verweerder] ermee bekend was dat onjuiste omzetgegevens waren opgenomen in de saldibalans 1999. Het hof zal [verweerder] echter in de gelegenheid stellen op dit punt desgewenst tegenbewijs te leveren. [Verweerder] kan zich bij akte uitlaten of hij zulks wenst.”

2.6. Vervolgens bespreekt het hof in de rechtsoverwegingen 26 e.v. het verweer van [verweerder] dat het concern altijd heeft geweten op welke wijze omzet is geboekt en trekt daaruit in rechtsoverweging 32 de conclusie:

“(…) dat [verweerder] vooralsnog niet in voldoende mate heeft aangetoond dat de concernleiding (‘Den Bosch’) op de hoogte was van de omstandigheid dat de in het Edon-project werkelijke gerealiseerde omzet ver achter bleef bij het vermelde op de PAS-voortgangsformulieren. Dit laat echter onverlet dat er ook redenen zijn om aan te nemen dat het door [verweerder] gestelde juist is. Het hof verwijst in de eerste plaats naar de gang van zaken in 1997, toen door Datelnet Conversie ook winst is genomen op omzet die feitelijk niet als omzet viel aan te merken. Voorts is voor het hof onduidelijk gebleven hoe het mogelijk is dat, zeker gelet op de geplande beursgang van Datelnet, intern niet is geconstateerd dat de PAS-voortgangsformulieren onjuiste gegevens bevatten, te meer nu bij de concernleiding wel bekend was, zo leidt het hof af uit de stukken, dat op basis van voorschotnota’s werd gefactureerd, mede omdat er aanleverproblemen waren van de zijde van Edon, waardoor geen productie kon worden gemaakt.

Mede gelet op de grote belangen aan beide zijden, zal het hof [verweerder] in de gelegenheid stellen zich bij akte nader uit te laten over de vraag of hij nader bewijs wil leveren omtrent de door hem gestelde wetenschap bij de concernleiding van de omstandigheid dat de in het Edon-project de werkelijke gerealiseerde omzet ver achter bleef bij het vermelde op de PAS-voortgangsformulieren.

[Verweerder] zal daarbij ook moeten aangeven op welke punten hij deze eventuele bewijslevering wil toespitsen.”

Het hof verwijst de zaak vervolgens in het dictum naar de rol voor het nemen van een akte aan de zijde [verweerder]¹⁰ als vermeld in de rechtsoverwegingen 24 en 32.

2.7. Na bedoelde aktewisseling heeft het hof [verweerder] in het dictum van zijn arrest van 16 april 2008, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen de voorshands bewezen geachte feiten:

a. dat [verweerder] instructie heeft gegeven tot het onjuist invullen van de PAS-voortgangsformulieren;

b. dat [verweerder] ermee bekend was dat onjuiste omzetgegevens waren opgenomen in de saldibalans 1999;

en voorts

[verweerder] opgedragen feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat:

c. de concernleiding van Datelnet wetenschap had van de omstandigheid dat in het Edon-project de werkelijk gerealiseerde omzet ver achterbleef bij de op de PAS-voortgangsformulieren vermelde omzet.

2.8. Deze (nadere)¹¹ bewijslevering heeft het hof vervolgens in zijn door het onderdeel bestreden rechtsoverweging 12 van het arrest van 22 september 2009 bestempeld als tegenbewijs en [verweerder] daartoe toegelaten.

2.9. Gelet op het voorgaande blijkt noch uit de formulering noch uit de motivering of anderszins dat bedoelde bewijsopdracht een bindende eindbeslissing is. De daarop gerichte rechtsklachten van het onderdeel falen mitsdien.

2.10. Het oordeel is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Zoals het hof ook heeft overwogen rustte op Bruscom de stelplicht en zonodig de bewijslast van het aan haar vorderingen ten grondslag gelegde bedrog in de zin van art. 3:44 BW. Bruscom heeft hiertoe gesteld dat [verweerder] instructie heeft gegeven tot het onjuist invullen van de PAS-voortgangsformulieren en dat [verweerder] ermee bekend was dat onjuiste omzetgegevens waren opgenomen in de saldibalans 1999. Het bewijs van deze stellingen en daarmee het bedrog van [verweerder] was gezien het aanwezige bewijsmateriaal naar het oordeel van het hof voorshands aanwezig, behoudens tegenbewijs van [verweerder]. De stelling van [verweerder] dat de concernleiding van Datelnet wetenschap had van de omstandigheid dat in het Edon-project de werkelijk gerealiseerde omzet ver achterbleef bij de op de PAS-voortgangsformulieren vermelde omzet, zou, indien bewezen, tot het oordeel kunnen leiden dat geen bedrog is gepleegd. In zoverre vormt het bewijs van die stelling het tegenbewijs van [verweerder] tegen het door het hof voorshands aangenomen bedrog.

2.11. Onderdeel 1 faalt derhalve.

2.12. Onderdeel 2 is gericht tegen de rechtsoverwegingen 13 en 15 van het eindarrest van 25 oktober 2011, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“13. Met al het voorgaande is naar het oordeel van het hof het voorshands bewezen geachte feit ontzenuwd dat de concernleiding van Datelnet geen wetenschap had van de omstandigheid dat de in het Edon-project werkelijk geconverteerde aantal kilometers ver achterbleef bij de op de PAS-formulieren vermelde aantal kilometers.

(...)

15. De conclusie luidt dat niet alleen aan het gestelde bedrog, maar ook aan de dwaling en de onrechtmatige daad de feitelijke grondslag is komen te ontvallen.

Daarop stranden de vorderingen van Bruscom. Alle grieven falen.”

2.13. Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat deze oordelen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk of onvoldoende zijn gemotiveerd. Betoogd wordt dat het hof, nu het bewijsvermoeden was ontkracht waardoor de volle bewijslast (en het bewijsrisico) weer op Bruscom was komen te drukken, Bruscom nadrukkelijk in de gelegenheid hadden moeten stellen om, aan te geven of zij haar eerdere bewijsaanbiedingen¹² te dien aanzien gestand wilde doen om bewijs te leveren dat zij een onjuiste voorstelling van zaken had.

2.14. Zoals hiervoor uiteengezet, betreft het in deze zaak op [verweerder] gelegde bewijs het tegenbewijs tegen feiten en omstandigheden die het hof voorshands bewezen heeft geacht en waarvan Bruscom het bewijsrisico droeg.

Er is sprake van geslaagd tegenbewijs indien er zoveel twijfel is gezaaid dat de aanvankelijke overtuiging van de rechter aan het wankelen wordt gebracht en deze niet (meer) vermoedt dat de stellingen van de partij op wie het bewijsrisico rust, juist zijn.¹³ Indien het tegenbewijs is geleverd herleeft het bewijsrisico voor de partij die eerst kon profiteren van een wettelijk of rechterlijk vermoeden of de “voorshands bewezenverklaring”.¹⁴

2.15. Anders dan het middelonderdeel voorstaat, dient de rechter m.i. niet de verplichting te worden opgelegd om de partij die de bewijslast draagt, altijd ambtshalve in de gelegenheid te stellen nader bewijs te leveren indien de andere partij is geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen feiten die eerder voorshands bewezen waren geacht.¹⁵ Volgens Ahsmann is het niet nodig dat de rechter de partij die de bewijslast draagt alsnog een bewijsopdracht geeft omdat deze zich over het feitencomplex heeft kunnen uitlaten in de contra-enquête, zodat aan hoor en wederhoor is voldaan.¹⁶

2.16. Daarnaast geven de omstandigheden van het geval geen aanleiding om de door het onderdeel bepleite verplichting in deze zaak aan te nemen.

[Verweerder] heeft het in het tussenarrest van 22 september 2009 bedoelde tegenbewijs tegen het voorshands bewezen feit dat de concernleiding van Datelnet geen wetenschap had van de omstandigheid dat in het Edon-project de werkelijk gerealiseerde omzet ver achterbleef op bij de op de PAS-formulieren vermelde omzet, geleverd door het horen van de getuigen [verweerder] en [betrokkene 7], de toenmalige eigenaar van Bruscom.

Bruscom heeft geen gebruik gemaakt van haar recht om in contra-enquête getuigen te horen en heeft vervolgens bij antwoordmemorie na enquête van 3 mei 2011 uitgebreid gereageerd op de bewijslevering door [verweerder] en betoogd dat [verweerder] niet is geslaagd in het tegenbewijs. Zij is in deze memorie niet opgekomen tegen het oordeel van het hof dat [verweerder] in de gelegenheid is gesteld tegenbewijs te leveren¹⁷ en heeft daarin voorts het standpunt ingenomen dat zij zowel in eerste aanleg als in hoger beroep haar stellingen uitgebreid en gemotiveerd heeft uiteengezet.¹⁸

2.17. Bruscom had, gelet op hetgeen het hof in zijn tussenarrest van 22 september 2009 in rechtsoverweging 12 had geoordeeld, dienen te voorzien dat het bewijsrisico voor haar zou herleven indien [verweerder] zou slagen in zijn tegenbewijs. Indien zij met het oog op die situatie nog andere getuigen hadden willen laten horen, had zij daarop moeten anticiperen en gebruik moeten maken van de mogelijkheid van een contra-enquête.

2.18. M.i. faalt de eerste klacht van het onderdeel hoe dan ook.

2.19. De tweede klacht van het onderdeel houdt in dat het hof in rechtsoverweging 15 van het eindarrest is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onbegrijpelijk of onvoldoende heeft gemotiveerd nu het enkele – negatieve – ontzenuwd zijn van het betreffende

bewijsvermoeden van bewijsthema (c) door [verweerder] (nog) niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, met zich brengt zoals het hof (impliciet) oordeelt, dat Bruscom niet is geslaagd te bewijzen dat zij een onjuiste voorstelling van zaken had.

2.20. Met deze klacht wordt in feite de bewijswaardering door het hof ter discussie gesteld. Bewijswaardering is echter voorbehouden aan de feitenrechter en deze heeft daarbij een grote vrijheid.¹⁹ Deze vrijheid komt met name tot uitdrukking bij het getuigenbewijs waarbij de rechter rekening kan houden met aspecten als bijvoorbeeld de geloofwaardigheid van de getuige en de consistentie van diens verklaring.²⁰ In cassatie kan de bewijswaardering – afgezien van motiveringsklachten – dan ook niet worden getoetst.²¹

Het hof heeft zijn oordeel in het eindarrest voldoende begrijpelijk gemotiveerd, zodat de klacht faalt.

2.21. Onderdeel 3 bouwt voort op voorgaande middelonderdelen en behoeft daarom geen bespreking meer.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 35038 van de rechtbank Assen van 28 mei 2003 en 27 juli 2005;
- b. de arresten in de zaak (aanvankelijk: 0600048, en later:) 107.000.873/01 van het gerechtshof te Leeuwarden van 19 september 2007, 17 oktober 2007 (herstelarrest), 16 april 2008, 22 september 2009, 25 oktober 2011 en 29 november 2011 (herstelarrest).

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i. [Verweerder] was vanaf 1 juli 1996 directeur van Datelnet Conversie B.V. (hierna: Datelnet Conversie), een indirecte dochter van Bruscom.

ii. In november 1996 is tussen Datelnet Conversie en Edon overeengekomen dat Datelnet Conversie tussen 1996 en 2001 85.000 km leidingkaart voor Edon zou digitaliseren voor een totaal bedrag van € 19.478.515,-. Datelnet Conversie en Edon hebben in het voorjaar van 1999 afgesproken dat Datelnet Conversie gedurende de resterende looptijd van die overeenkomst elke maand een vast bedrag zou factureren aan Edon.

iii. Vanaf week 40 van 1999 is op zogenoemde PAS-voortgangsformulieren, op basis waarvan binnen de Datelnet-groep placht te worden gefactureerd, een aanzienlijk hogere productie ingevuld dan strookte met de voortgang van de werkzaamheden van Datelnet Conversie voor Edon.

iv. Bruscom en [verweerder] hebben op 6 januari 2000 een overeenkomst gesloten, die onder meer inhoudt dat [verweerder] tegen een vergoeding van f 3.850.000,- zijn optierechten niet zal uitoefenen (hierna ook: de overeenkomst van 6 januari 2000).

v. Aan de arbeidsovereenkomst tussen [verweerder] en Datelnet Conversie is in het najaar van 2000 een einde gekomen. Bruscom hield [verweerder] toen onder meer verantwoordelijk voor malversaties met betrekking tot de PAS-voortgangsformulieren.

3.2. In dit geding vordert Bruscom, kort gezegd, dat de overeenkomst van 6 januari 2000 wordt vernietigd wegens bedrog of dwaling en [verweerder] wordt veroordeeld tot terugbetaling aan Bruscom van een bedrag van € 1.125.693,27 met rente. Ook vordert Bruscom een verklaring voor recht dat [verweerder] in 1999 en 2000 onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, alsmede veroordeling van [verweerder] tot schadevergoeding.

Bruscom heeft aan de vorderingen onder meer ten grondslag gelegd dat het bedrag van de vergoeding in de overeenkomst van 6 januari 2000 is gebaseerd op door [verweerder] valselijk gerapporteerde bedrijfsresultaten en dat zij die overeenkomst, indien zij in januari 2000 op de hoogte was geweest van de daadwerkelijke resultaten van de bedrijfsvoering tijdens het boekjaar 1999 en niet door [verweerder] zou zijn misleid, niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan.

[Verweerder] heeft verweer gevoerd. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

3.3.1. Voorshands was het hof van oordeel dat [verweerder] instructie heeft gegeven tot onjuiste invulling van de PAS-voortgangsformulieren en ermee bekend was dat onjuiste omzetgegevens waren opgenomen in de saldibalans 1999 van Datelnet Conversie (tussenarrest 19 september 2007, rov. 24). Het hof heeft [verweerder] toegelaten tot tegenbewijs (hierna: bewijsopdracht 1). [Verweerder] is verder toegelaten tot bewijslevering van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat, zoals hij tot zijn verweer had aangevoerd, de concernleiding van Datelnet N.V., dus Bruscom, wetenschap had van de omstandigheid dat de gerealiseerde omzet in het Edon-project ver achterbleef bij de omzet volgens de PAS-voortgangsformulieren (tussenarrest 19 september 2007, rov. 32) (hierna: bewijsopdracht 2).

3.3.2. Na bewijslevering met betrekking tot bewijsopdracht 1 heeft het hof geoordeeld dat [verweerder] het opgedragen tegenbewijs niet had geleverd (tussenarrest 22 september 2009, rov. 8). Vervolgens heeft het hof overwogen dat het ook met bewijsopdracht 2 had bedoeld [verweerder] toe te laten tot tegenbewijs, aangezien de te bewijzen stelling neerkomt op een betwisting van het door Bruscom te bewijzen bedrog en het hof het bedrog voorshands voldoende bewezen acht (tussenarrest 22 september 2009, rov. 12). [verweerder] heeft vervolgens twee getuigen doen horen. Bruscom heeft geen gebruik gemaakt van haar recht op contra-enquête.

3.3.3. Het hof heeft met betrekking tot bewijsopdracht 2 geoordeeld dat [verweerder] het voorshands bewezen geachte feit had ontzenuwd dat de concernleiding niet wist dat de omzet in het Edon-project ver achterbleef bij de omzet volgens de PAS-voortgangsformulieren (arrest 25 oktober 2011 rov. 13). Het hof kwam tot de conclusie dat niet alleen aan het gestelde bedrog, maar ook aan de dwaling en de onrechtmatige daad de feitelijke grondslag was komen te ontvallen en de vorderingen van Bruscom daarop afstuiten (arrest 25 oktober 2011, rov. 15).

3.4. Onderdeel 2 van het middel bevat onder meer de klacht dat het hof, toen het van oordeel was dat [verweerder] het tegenbewijs van bewijsopdracht 2 had geleverd, Bruscom gelegenheid had moeten geven bewijs te leveren van haar stelling dat zij een onjuiste voorstelling van zaken had (kennelijk: toen zij de overeenkomst van 6 januari 2000 aanging). De bewijslast van deze stelling rustte op Bruscom en zij heeft herhaaldelijk bewijs hiervan aangeboden. Zo heeft zij aangeboden om door middel van getuigen te bewijzen dat de concernleiding van de Datelnet-groep het gedrag van [verweerder] niet heeft verordonneerd, goedgekeurd of gestimuleerd (memorie van grieven onder 53, aanhef en onder D). De bewijslevering door middel van getuigenverhoor heeft enkel in het teken gestaan van het door [verweerder] te leveren tegenbewijs. Als Bruscom gelegenheid had gekregen tot bewijslevering van haar stelling, zou zij bijvoorbeeld andere leden van de concernleiding als getuige hebben doen horen. De hiervoor in 3.3.3 bedoelde oordelen van het hof geven volgens de klacht dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn onvoldoende of onbegrijpelijk gemotiveerd.

3.5. In cassatie is – terecht – niet in geschil dat op Bruscom de bewijslast rust van haar stelling dat zij de overeenkomst van 6 januari 2000 is aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.

3.6. Het hiervoor in 3.4 aangehaalde bewijsaanbod van Bruscom heeft betrekking op hetzelfde feitencomplex als het feitencomplex ten aanzien waarvan [verweerder] tegenbewijs mocht leveren (bewijsopdracht 2). Zowel het bewijsaanbod van Bruscom als dat tegenbewijs betreft immers de kwestie of Bruscom de overeenkomst van 6 januari 2000 (al dan niet door toedoen van [verweerder]) onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken is aangegaan.

3.7. Bij de beoordeling van de klacht van onderdeel 2 is uitgangspunt dat een partij ingevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 Rv tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. In hoger beroep geldt op grond van art. 166 lid 1 Rv in verbinding met art. 353 lid 1 Rv hetzelfde (vgl. HR 9 juli 2004, LJN [AO7817](#), NJ 2005/270). Bepaalt de rechter in eerste aanleg of in hoger beroep door welke partij en waarover getuigenbewijs kan worden geleverd, dan is het op de voet van art. 170 Rv met inachtneming van de eisen van een goede procesorde aan die partij om te bepalen wie als getuigen worden gehoord en hoeveel getuigen worden gehoord (vgl. HR 2 mei 1997, LJN [ZC2362](#), NJ 1998/237; HR 18 maart 2011, LJN [BP0571](#), NJ 2012/315; HR 16 december 2011, LJN [BU3922](#), NJ 2012/316). Dit laatste geldt eveneens voor de wederpartij die op de voet van art. 168 Rv aanspraak heeft op contra-enquête.

3.8. Het onderhavige geval wordt hierdoor gekenmerkt dat de rechter een door een partij aan haar vordering of verweer ten grondslag gelegd feitencomplex voorshands bewezen acht, de wederpartij in de gelegenheid is gesteld tot het leveren van tegenbewijs terzake van dat(zelfde) feitencomplex, in dat kader een getuigenverhoor heeft plaatsgevonden en de partij wier stellingen voorshands door de rechter bewezen zijn geacht, geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om in contra-enquête nader bewijs van de voorshands bewezen geachte feiten te leveren.

In een dergelijk geval is de partij wier stellingen voorshands door de rechter bewezen zijn geacht, in staat geweest haar aanspraak op nadere bewijslevering ten aanzien van het betrokken feitencomplex te verwezenlijken. Heeft zij van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt, dan behoeft de rechter haar niet meer tot bewijslevering toe te laten ter zake van dat feitencomplex naar aanleiding van een bewijsaanbod dat voorafgaand aan de bewijslevering is gedaan. Dat geldt ook als zij na het getuigenverhoor opnieuw bewijs aanbiedt met betrekking tot dat feitencomplex of

verzoekt om te worden toegelaten tot nadere bewijslevering voor het geval de rechter haar wederpartij geslaagd acht in het ontzenuwen van het voorshands gegeven bewijsoordeel.

Opmerking verdient nog dat het voorgaande anders kan zijn als het nadere bewijsaanbod betrekking heeft op nieuw bewijsmateriaal of nieuwe feiten, en dat het vorenstaande slechts geldt binnen dezelfde instantie. Indien bewijslevering in eerste aanleg heeft plaatsgevonden en in hoger beroep opnieuw of alsnog bewijs wordt aangeboden van het betrokken feitencomplex, prevaleert de herkansingsfunctie van het hoger beroep.

3.9. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de door het onderdeel bestreden oordelen geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en niet onvoldoende of onbegrijpelijk zijn gemotiveerd. Het onderdeel faalt.

3.10. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Bruscom in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op nihil.

Noot

1. Dit voor de praktijk belangrijke arrest gaat over het belang van het goed benutten van de contra-enquête. Kort gezegd hoeft de partij, die het haar toekomende recht op contra-enquête niet aangrijpt om het door haar wederpartij te leveren tegenbewijs tegen een voorshands bewijsoordeel te bestrijden, niet alsnog tot nadere bewijslevering te worden toegelaten wanneer dat tegenbewijs blijkt te zijn geslaagd. Het recht op contra-enquête moet dus goed worden benut: er zal op moeten worden geanticipeerd dat het tegenbewijs in enquête slaagt en op de partij in contra-enquête alsnog de volle bewijslast en het bewijsrisico rust. Deze regel zet partijen aan tot het horen van getuigen, terwijl het ontkrachten van een bewijsvermoeden in de praktijk veelal faalt en de contra-enquête dus veelal niet nodig was geweest. In deze noot bespreek ik de reikwijdte en praktische implicaties van deze regel. Voor de volledigheid meld ik dat twee kantoorgenoten Bruscom in cassatie hebben bijgestaan.

2. Datelnet Conversie, een dochtervennootschap van Bruscom, zou tussen 1996 en 2001 voor een nutsbedrijf 85.000 km leidingkaart digitaliseren voor (afgerond) € 20 miljoen. In het voorjaar van 1999 komen partijen overeen dat Datelnet voor de resterende looptijd van het project een vast maandelijks bedrag in rekening brengt, ongeacht de werkelijke voortgang van het project. In de praktijk lopen de verrichte werkzaamheden ver achter bij de maandelijks facturen. Problematisch wordt dat wanneer binnen de groep dezelfde fictieve omzet wordt gerapporteerd, waardoor de omzet en winst van Datelnet in de jaarrekening over 1999 te hoog worden weergegeven. De voor de rapportering verantwoordelijke directeur van Datelnet heeft op dat moment reeds met Bruscom een overeenkomst gesloten, waaronder zijn winst- en optierechten voor een bedrag van (afgerond) € 2 miljoen worden afgekocht. Bruscom vordert onder meer vernietiging van de overeenkomst met de directeur wegens dwaling en/of bedrog.

3. Nadat de Rechtbank Assen de vorderingen van Bruscom in 2005 afwijst, komt in hoger beroep ter discussie te staan of de concernleiding van Bruscom destijds wist dat de interne rapportages niet de werkelijke voortgang van het project weergaven. Het Hof acht voorshands bewezen dat de leiding dat niet wist, en stelt de toenmalige directeur van Datelnet in de gelegenheid tegenbewijs te leveren. Tijdens de daaropvolgende getuigenverhoren maakt Bruscom geen gebruik van de mogelijkheid van contra-enquête. Nadat partijen zich vervolgens bij memorie na enquête en pleidooi hebben kunnen uitlaten over de vraag of de directeur in het tegenbewijs is geslaagd, beantwoordt het Hof die vraag bevestigend en wijst het de vorderingen van Bruscom af.

4. Het cassatiemiddel betoogt onder meer dat Bruscom, na het slagen van het tegenbewijs, alsnog tot bewijslevering had moeten worden toegelaten. De Hoge Raad gaat daar niet in mee. Hij overweegt dat een partij “wier stellingen voorshands door de rechter bewezen zijn geacht, in staat [is] geweest haar aanspraak op nadere bewijslevering ten aanzien van het betrokken feitencomplex te verwezenlijken. Heeft zij van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt, dan behoeft de rechter haar niet meer tot bewijslevering toe te laten ter zake van dat feitencomplex naar aanleiding van een bewijsaanbod dat voorafgaand aan de bewijslevering is gedaan. Dat geldt ook als zij na het getuigenverhoor opnieuw bewijs aanbiedt met betrekking tot dat feitencomplex of verzoekt om te worden toegelaten tot nadere bewijslevering voor het geval de rechter haar wederpartij geslaagd acht in het ontzenuwen van het voorshands gegeven bewijsoordeel.” (r.o. 3.8) Dat kan anders zijn als het nadere bewijsaanbod betrekking heeft op nieuw bewijsmateriaal of nieuwe feiten. Verder geldt deze regel alleen binnen dezelfde instantie, gelet op de herstelfunctie van het hoger beroep.

5. Het horen van getuigen is een belangrijke manier om bewijs te leveren. Partijen hebben daar in beginsel recht op, mits zij een voldoende specifiek bewijsaanbod doen ten aanzien van betwiste feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden (vgl. HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270, m.nt. DA). Aansluitend op het getuigenverhoor heeft de wederpartij recht op tegenbewijslevering in contra-enquête. Voor de goede orde: tegenbewijs is geen bewijs van het tegendeel, maar dient om het te leveren bewijs te ontzenuwen (vgl. HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468). Hoewel de art. 166 Rv en 168 Rv zien op de situatie waarin de enquête strekt tot bewijslevering en de contra-enquête tot tegenbewijslevering, doet de omgekeerde situatie zich ook voor. Wordt, zoals in dit geval, een feit voorshands bewezen geacht, dan staat de enquête in het teken van het leveren van tegenbewijs. Beide situaties komen op hetzelfde neer, in die zin dat de partij die de bewijsopdracht heeft de procedure verliest als haar (tegen)bewijslevering niet slaagt (vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 268).

6. Maar stel nu dat het in enquête te leveren tegenbewijs wel wordt geleverd. Dan is de partij die door het voorlopig bewijsoordeel even was vrijgesteld van bewijslevering, weer aan zet. Wat is nu de aard van het door haar in contra-enquête te leveren bewijs: is dat “tegentegenbewijs”, dat dient om het tegenbewijs te ontzenuwen, of is dat regulier bewijs, dat dient om aan de eigen bewijslast te voldoen? Is sprake van het eerste, dan strekt de contra-enquête tot het ontzenuwen van het tegenbewijs. Wordt die mogelijkheid niet gebruikt, dan zou dat er hoogstens toe kunnen leiden dat het tegenbewijs is geslaagd. Na een tussenvonnissen met die conclusie herleven bewijslast en bewijsrisico voor de partij die ze aanvankelijk droeg, die dan alsnog in de gelegenheid wil worden gesteld tot bewijslevering. Het middel stond deze zienswijze voor. De Hoge Raad volgt daarin niet, maar overweegt dat *nadere bewijslevering* al direct zal moeten plaatsvinden in contra-enquête, bij gebreke waaraan het recht op nadere bewijslevering vervalt.

7. Ik zou me kunnen voorstellen dat deze regel is ingegeven door de wens van een efficiënte procesvoering: partijen moeten hun wettelijk toegekende beurt benutten en niet pas achteraf met getuigen op de proppen komen. In zoverre lijkt de regel goed te passen in het huidige procesklimaat, waarin een drukbelaste rechterlijke macht actief aanstuurt op een voortvarende procesvoering. Het is echter de vraag of het wel zo efficiënt is om partijen op deze manier aan te sporen tot het benutten van hun contra-enquête. Als immers de tegenbewijslevering in enquête niet slaagt, is contra-enquête überhaupt niet meer nodig. Dat zal regelmatig het geval zijn, als men bedenkt dat een voorlopig bewijsoordeel veelal niet lichtzinnig wordt aangenomen maar wordt

gebaseerd op sprekende, vaststaande feiten, waarvan het niet voor de hand ligt dat die door tegenbewijs worden ontzenuwd. Partijen zullen daar echter niet op gokken: als de contra-enquête hun enige kans op bewijslevering is, zal die (uitvoerig) worden benut. Dat leidt tot meer en vaak onnodige getuigenverhoren.

8. De rechter zou daaraan tegemoet kunnen komen door zich direct na de enquête in een voorlopige bewijsbeslissing uit te laten over de vraag of het tegenbewijs is geleverd (vgl. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 7.2.5). Is dat niet het geval, dan is contra-enquête niet meer nodig. Is dat daarentegen wel het geval, dan is contra-enquête de volgende stap. Dit is vanuit het perspectief van de rechter wellicht niet zo aantrekkelijk, omdat die dan het risico loopt te zwalken: hij heeft eerst in een tussenvonnissen de feiten voorshands bewezen geacht, daarna op basis van tegenbewijs ontzenuwd bevonden, om vervolgens op basis van de contra-enquête eventueel nog een keer overstag te moeten. Toch verdient dit de voorkeur, om te voorkomen dat partijen hun contra-enquête voor niets houden.

9. Nu nadere bewijslevering alleen in contra-enquête kan plaatsvinden, is die bewijslevering beperkt tot het horen van getuigen. Van partijen mag worden verwacht dat zij alle schriftelijke bewijsmiddelen reeds uit zichzelf in het geding brengen; zij hoeven daartoe niet alsnog in de gelegenheid te worden gesteld (vgl. HR 27 juni 1997, *NJ* 1998, 328 (*Schelhaas/Delta Lloyd*); HR 9 maart 2012, *NJ* 2012, 174).

10. Tot slot: de beperking tot bewijslevering in contra-enquête heeft geen betrekking op nieuwe feiten of nieuw bewijsmateriaal en geldt slechts binnen dezelfde instantie. In hoger beroep kan een partij die in eerste aanleg heeft afgezien van bewijslevering, daartoe alsnog worden toegelaten.

mr. J.C. van Nass, advocaat bij BarentsKrans te Den Haag

Voetnoten

1

Alsmede Datelnet Conversie en Datelnet. Deze partijen zijn bij vonnis van de rechtbank Assen van 27 juli 2005 niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen.

2

Alsmede wederom Datelnet Conversie en Datelnet. Deze partijen zijn bij eindarrest van het hof niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep.

3

De cassatiedagvaarding is op 25 januari 2012 uitgebracht.

4

Verwezen wordt naar HR 24 september 1993, LJN:ZC1071, (NJ 1994/226).

5

Verwezen wordt naar HR 12 november 1999, LJN:AA3800, (NJ 2000/68).

6

Verwezen wordt naar de conclusie (onder 2.3) van A-G Bakels vóór HR 12 november 1999, LJN:AA3800, (NJ 2000/68).

7

Zie bijv. HR 24 september 1993, LJN: [ZC1074](#) (NJ 1994/227, m.nt. H.E. Ras); HR 9 oktober 1998, LJN: [ZC2732](#) (NJ 1999/195 m.nt. A.R. Bloembergen); HR 12 september 2003, LJN: [AF8560](#) (NJ 2003/604) en HR 30 maart 2012, LJN: [BU3160](#), (RvdW 2012/494).

8

HR 30 maart 2012, LJN: [BU3160](#), (RvdW 2012/494), rov. 3.3.1.

9

HR 30 maart 2012, LJN: [BU3160](#), (RvdW 2012/494), rov. 3.3.2.

10

Zie het rectificatiearrest van 17 oktober 2007.

11

Zie rov. 8 van het tussenarrest van 16 april 2008.

12

Verwezen wordt naar CvR onder 82; MvG onder 53 en de pleitnota in hoger beroep onder 3.

13

Vgl. HR 2 mei 2003, LJN: [AF3807](#), NJ 2003, 468; HR 7 april 2000, LJN: [AA5404](#), NJ 2001, 32; zie voorts conclusie A-G Verkade (onder 3.8) vóór HR 12 september 2003, LJN: [AF7677](#), (NJ 2005/268) en noot M. Ahsmann (onder 7) in JBPr 2007/57 bij HR 16 maart 2007, LJN: [AZ0613](#).

14

W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, 2004, nrs. 45-46; Snijders, Klaassen, Meijer (2011), nr. 214.

15

Ik lees dit ook niet in voetnoot 104 op p. 223 van het proefschrift van R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid, 2011, waar zij schrijft: "Wanneer de rechter te snel tot een 'voorshands-bewezen' oordeel komt, is de kans groot dat de wederpartij in dat ontzenuwen slaagt. De rechter zal dan alsnog de partij die de bewijslast draagt, een bewijsopdracht moeten geven." (curs. W-vG).

16

M.J.A.M. Ahsmann, De weg naar het civiele vonnis, 2011, p. 215.

17

Zo wordt o.a. onder 4, 7 en 8 slechts verwezen naar de bij arrest van 22 september 2009 gegeven bewijsopdracht. Zie ook de pleitaantekeningen van mr. Peters van 29 september 2011 onder 20-21.

18

Zie par. 100 van de memorie na enquête en de in de vorige noot genoemde pleitaantekeningen onder 23.

19

Vaste rechtspraak.

20

Snijders, Klaassen, Meijer (2011), nr. 230.

21

Zie bijv. HR 14 december 2001, LJN: [AD3967](#), (NJ 2002/105 m.nt. DWFV).