

Civiel recht

35
<p>Hoge Raad 23 december 2016, nr. 15/03643 ECLI:NL:HR:2016:2986 ECLI:NL:PHR:2016:1301 (mr. Numann, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze) (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent) Noot M. Teekens</p>
<p>Procesrecht. Bewijswaardering van schriftelijke verklaring en van verklaring van getuige die is gehoord met gebruikmaking van schriftelijke verklaring.</p>
<p>De onderhavige uitspraak betreft de vraag of een getuigenverklaring als bedoeld in art. 163 Rv kan dienen als bewijs in het geval de getuige, op basis van partijafspraken, die verklaring baseert op een eerder afgegeven schriftelijke verklaring die mogelijk tot stand is gekomen in overleg en samenspraak met andere getuigen en met de partij op wie de bewijslast rust.</p>
<p>[Rv art. 197 lid 1, 152 lid 2, 163]</p>

222

Eiser in cassatie (hierna: Eiser) treedt aan als statutair bestuurder bij Waterland Private Equity GmbH op basis van een door Duits recht beheerst Geschäftsführeranstellungsvertrag. Als onderdeel van zijn beloning verkrijgt Eiser aandelen in het kapitaal van Waterland Private Equity Fund II (de aandelen), die bij het einde van het bestuurderschap onder bepaalde omstandigheden en tegen bepaalde condities door Eiser moeten worden verkocht aan Stichting Continuïteit SWW II. Geïntimeerden in cassatie (hierna: Waterland) menen dat Eiser contractueel moet worden gekwalificeerd als 'bad leaver', omdat hij zijn taken niet goed zou hebben vervuld door herhaalde kritiek op de uitvoering van zijn werkzaamheden in de wind te slaan, en dat zodoende een gereduceerde koopprijs voor de aandelen geldt. Eiser is het hier niet mee eens. Waterland wordt toegelaten om getuigenbewijs te leveren van haar stellingen. In overleg tussen de betrokken raadslieden en de raadsheer-commissaris wordt vanwege de te verwachten extreme tijdsduur van het horen van de getuigen, de afspraak gemaakt dat iedere getuige voorafgaand aan het getuigenverhoor een schriftelijke verklaring opstelt, die vervolgens tijdens het getuigenverhoor wordt voorgelezen en onder ede wordt bevestigd, waarna vragen kunnen worden gesteld. Eiser stelt in cassatie dat de getuigenverklaringen van de personen die zijn gehoord niet gekwalificeerd kunnen worden als getuigenbewijs in de zin van art. 163 Rv, omdat de desbetreffende verklaringen niet mondeling zonder gebruikmaking van schriftelijk opstel en niet buiten tegenwoordigheid van de andere getuigen als bedoeld in art. 179 lid 1 Rv tot stand zijn gekomen. De Hoge Raad overweegt dat art. 152 lid 2 Rv de waardering van de bewijskracht van een schriftelijke getuigenverklaring aan het oordeel van de rechter overlaat en dat die rechter zich dient af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van die verklaring afbreuk wordt gedaan indien de desbetreffende persoon niet als getuige is gehoord (Vgl. HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, NJ 2004/151). De Hoge Raad vervolgt dat art. 163 Rv bepaalt dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen voor zover zij betrekking

heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Die bepaling belet niet dat de rechter een persoon als getuige hoort van wie een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht (vgl. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270), ook niet als die schriftelijke verklaring niet in tegenwoordigheid van de partijen tot stand is gekomen en bij het getuigenverhoor gebruik wordt gemaakt van die verklaring. De beslissing van het hof om tot een dergelijk verhoor over te gaan gezien de duur van het verhoor van de eerste getuige, het te verwachten tijdsbestek van het horen van de overige getuigen en de instemming van partijen en hun advocaten met het horen van de overige getuigen met gebruikmaking van voordien door de getuigen ondertekende schriftelijke verklaringen, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Bij de bewijswaardering van een getuigenverklaring die is afgelegd met gebruikmaking van een eerder door dezelfde persoon afgelegde schriftelijke verklaring die niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen, zal de rechter zich dienen af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring afbreuk wordt gedaan door het bestaan en de wijze van totstandkoming van die schriftelijke verklaring. Dat is niet anders wanneer de rechter de getuige zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij partijen aanwezig of vertegenwoordigd konden zijn, en doordat de getuigenverklaring onder ede is afgelegd. Het hof heeft zich van die uitgangspunten rekenschap gegeven. Allereerst heeft het in zijn bewijsoordeel van betekenis geacht dat de met gebruik van een schriftelijke verklaring gehoorde getuigen tijdens het verhoor zijn geconfronteerd met de eerdere schriftelijke verklaring en dat tijdens het verhoor aan partijen gelegenheid is geboden voor het stellen van vragen en het maken van opmerkingen. Daarnaast heeft het hof uitdrukkelijk overwogen dat het de gevolgde gang van zaken in de bewijswaardering betreft. Daarmee is het bewijsoordeel niet onbegrijpelijk.

[eiser],
wonende te [woonplaats], Duitsland,
eiser tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. D.M. de Knijff en mr. A. van Staden ten Brink, thans mr. D.M. de Knijff,
tegen
1. de stichting Stichting Continuïteit SWW II,
gevestigd te Bussum,
2. de stichting Stichting Werknemersbelangen Waterland II,
gevestigd te Bussum,
3. Waterland Private Equity Fund II B.V.,
gevestigd te Bussum,
4. de rechtspersoon naar Duits recht Waterland Private Equity GmbH,
gevestigd te Düsseldorf, Duitsland,
5. Waterland Private Equity Investments B.V.,
gevestigd te Bussum,
6. Waterland Private Equity Fund III B.V.,
gevestigd te Bussum,
verweersters in cassatie,
advocaat: mr. S.F. Sagel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en Waterland c.s.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten¹ en procesverloop²

1.1 Verweersters in cassatie onder 1-6 (hierna gezamenlijk aangeduid als: Waterland) maken deel uit van een groep vennootschappen. Waterland is een private-equity-investeringsmaatschappij, die in de praktijk wordt aangestuurd door de “Principals Board”, voorgezeten door [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), zelf één van de principals en (indirect) bestuurder van een aantal tot de groep behorende vennootschappen, waaronder verweerster in cassatie onder 5 (hierna: Investments). [betrokkene 1] is ook de feitelijk beleidsbepaler binnen Waterland.

1.2 Vanaf 8 juni 2004 heeft eiser tot cassatie (hierna: [eiser]) werkzaamheden verricht voor Waterland. Aanvankelijk werkte hij als extern, zelfstandig adviseur voor Investments, in welke hoedanigheid hij onder meer voorstellen deed voor investeringen, door Waterland te doen. Vanaf 1 januari 2006 is [eiser] op grond van een op schrift gestelde, op 23 november 2005 tussen hem en verweerster in cassatie onder 4 (hierna: Waterland GmbH) aangegane, door Duits recht beheerste Geschäftsführeranstellungsvertrag/Managing Director Service Contract (hierna: service-agreement) aangeleden als “managing director” van Waterland GmbH en benoemd tot statutair bestuurder van die vennootschap. Als zodanig was [eiser] verantwoordelijk voor de Duitse activiteiten van Waterland. [eiser] was verantwoordelijk voor acquisities in Duitsland, voor het beheer van bestaande deelnemingen en voor “exits”. Hij was de “eerste man in Duitsland” van Waterland en moest de Duitse organisatie op poten zetten en uitbouwen.

1.3 Als bestuurder van Waterland GmbH was [eiser] tevens één van de (vier, vanaf december 2006) vijf principals die de Principals Board vormden. De andere vier waren, naast [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 4] en, vanaf december 2006, [betrokkene 3] (hierna met hun achternaam aan te duiden). [eiser] nam deel aan de (vrijwel) wekelijkse vergaderingen van de Principals Board. [betrokkene 3] is in mei 2006 bij Waterland GmbH in dienst getreden als “investment manager” en werd, naast [eiser], in december 2006 de tweede Duitse principal.

1.4 Als onderdeel van de beloning voor zijn nieuwe functie heeft [eiser] van verweerster in cassatie onder 2 (hierna: SWW) 42.767 aandelen in het kapitaal van verweerster in cassatie onder 3 (hierna: Fund II) gekocht en geleverd gekregen tegen betaling van de koopprijs van € 1,- per aandeel. Blijkens de *Deed of Transfer* van die aandelen van 9 december 2005 (hierna: de leveringsakte) zijn [eiser], SWW en verweerster in cassatie onder 1 (hierna: Continuïteit³) onder meer overeengekomen dat [eiser] de aldus verkregen aandelen bij beëindiging van zijn dienstver-

band/bestuurderschap bij Waterland GmbH, onder bepaalde omstandigheden en tegen bepaalde condities zal verkopen en leveren aan Continuïteit. Daartoe zijn drie scenario's uitgewerkt in artikel 2.2 van de leveringsakte:

“(…)

a. Good leaver.

(…)

b. Bad leaver.

In case of (i) urgent reasons or circumstances occurring in respect of [eiser] similar to those referred to in article 685 of Book 7 of the Dutch Civil Code, (...), or (ii) important reasons occurring in respect of [eiser] similar to those referred to in article 685 of Book 7 of the Dutch Civil Code, [eiser] shall within two weeks after the occurrence of such event sell and transfer the Shares to Stichting Continuïteit for a reimbursement in cash due by Stichting Continuïteit to [eiser], equal to, the lowest of, (i) the Purchase Price, and (ii) the market value of the Shares (...).

c. Leaver (for other reasons).

In case of other grounds than those referred to sub a and b and if the Principals Board of the Company so decides (...), [eiser] shall within two weeks after the occurrence of such event sell and transfer the Shares to Stichting Continuïteit for a reimbursement in cash due by Stichting Continuïteit to [eiser], equal to, the highest of, (i) the Purchase Price, and (ii) the market value of the Shares as referred to in article 2 paragraph 2 sub a, as determined by the Board of the Foundation (SWW, toev. rb), reduced by:

(…)

(iv) twenty-five per cent (25%) of the market value in case the termination occurs between (...) 8 June 2007 (...) and 8 June 2008 (...)

1.5 Bij brief aan [eiser] van 21 februari 2007 heeft Waterland GmbH de service-agreement met [eiser] opgezegd met ingang van 31 augustus 2007 en bij besluit van de aandeelhouders van Waterland GmbH van dezelfde datum is [eiser], naar Duits recht, met onmiddellijke ingang als bestuurder ontslagen.

1.6 Op grond van een door [eiser] afgegeven volmacht⁴ heeft SWW op 6 maart 2007 een overeenkomst ondertekend tot verkoop van de aandelen Fund II van [eiser] aan Continuïteit op basis van de Bad leaver-bepaling, waarbij SWW en Continuïteit werden vertegenwoordigd door [betrokkene 1]. Voordat de levering op basis van die overeenkomst kon plaatsvinden heeft [eiser] met verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam conservatoir beslag onder zichzelf doen leggen op zijn aandelen Fund II. Omdat de beoogde levering als gevolg daarvan (vooralsnog) feitelijk onmogelijk was geworden, heeft Waterland op 7 maart 2007 alsnog, met gebruikmaking van de volmacht van [eiser] (uitsluitend) de economische eigendom van de door [eiser] gehouden aandelen aan Continuïteit doen overdragen tegen betaling aan [eiser] van de koopprijs volgens de Bad Leaver-bepaling, te weten € 42.767,-.

1.7 [eiser] heeft zich niet tegen de opzegging en het ontslag verzet, maar wel, bij brief van 14 maart 2007, de door Waterland GmbH daarvoor aangevoerde gronden gemotiveerd bestreden.

1.8 Bij inleidende dagvaarding van 27 april 2007 heeft [eiser] Waterman gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en heeft daarbij onder meer⁵ een verklaring voor recht gevorderd dat hij niet is gehouden zijn aandelen Fund II te verkopen en te leveren, omdat hij niet kwalificeert als een Bad leaver.

1.9 Waterland heeft verweer gevoerd en in reconventie, samen-

1 Het gerechtshof Amsterdam heeft in zijn tussenarrest van 13 december 2011 in de eerste twee alinea's van rov. 3 de door de rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 28 oktober 2009 in de rov. 2.1 t/m 2.10 vastgestelde feiten overgenomen en die feiten aangevuld met datgene wat in hoger beroep is komen vast te staan, resulterend in de in rov. 3.1-3.7 weergegeven feiten. Zie voor de hierna onder 1.4 en 1.6 van deze conclusie opgenomen feiten resp. rov. 2.4 en 2.8 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 oktober 2009. Vanwege de chronologie heb ik de in rov. 3.6 en 3.7 door het hof als vaststaand aangenomen feiten vermeld onder 1.12 en 1.13.

2 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1 en 3.1-3.4 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 24 oktober 2007 en rov. 1 en 3 van het eindvonnis van 28 oktober 2009. Zie voor het procesverloop in hoger beroep rov. 1 van het tussenarrest van 24 mei 2011, rov. 1 van het tussenarrest van 13 december 2011 en rov. 1-2 van het eindarrest van 31 maart 2015.

3 Door de rechtbank aangeduid als SC.

4 Zie rov. 2.5 van het vonnis van de rechtbank van 28 oktober 2009.

5 Zie voor een volledige opsomming van het door [eiser] in conventie gevorderde het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 oktober 2009, rov. 3.1.

gevat en voor zover thans van belang⁶, gevorderd [eiser] te bevelen om binnen twee dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis de aandelen Fund II te verkopen en te leveren conform de Bad leaver-bepaling, althans conform de Other leaver-bepaling, waarbij de al op 7 maart 2007 betaalde koopprijs zal worden aangemerkt als betaling van (een deel van) de koopsom, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,= per dag dat niet aan het bevel is voldaan.

1.10 De rechtbank heeft bij vonnis van 28 oktober 2009 – voor zover thans van belang – in reconventie geoordeeld dat [eiser] niet als Bad leaver kan worden aangemerkt en voorts dat tussen partijen niet in geschil is dat in dat geval de Other leaver-bepaling van toepassing is (rov. 4.8). De rechtbank heeft in reconventie [eiser] bevolen om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis de 42.767 aandelen in het kapitaal van Fund II aan Continuïteit te verkopen en te leveren overeenkomstig het bepaalde in artikel 2 lid 2 onder c van de Deed of Transfer van 9 december 2005, waarbij het reeds op 7 maart 2007 aan [eiser] betaalde bedrag van € 42.767,= zal worden aangemerkt als betaling van een deel van de koopsom.

1.11 Waterland is, onder aanvoering van zes grieven, op 20 januari 2010 in hoger beroep gekomen van het vonnis bij het gerechtshof Amsterdam.

1.12 Ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 18 juni 2010 hebben [eiser] enerzijds en Fund II, Investments en [betrokkene 1] anderzijds een vaststellingsovereenkomst gesloten.

1.13 Ingevolge die vaststellingsovereenkomst zijn [eisers] aandelen Fund II bij notariële akte van 8 oktober 2010 aan Continuïteit verkocht en overgedragen en is aan [eiser] op 5 oktober 2010 € 200.000,= betaald als terugvorderbaar voorschot op de door het hof in het aanhangige appel te bepalen koopsom voor die aandelen.

1.14 Waterland heeft bij akte van 14 december 2010 haar eis in reconventie verminderd en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep vernietigd en opnieuw rechtdoende in reconventie primair:

(a) voor recht verklaart dat [eiser] als Bad Leaver moet worden aangemerkt en om die reden geen nadere koopprijs voor zijn aandelen dient te ontvangen; en

(b) [eiser] beveelt binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest het voorschot van € 200.000,= terug te betalen aan Waterland te vermeerderen met wettelijke rente⁷.

1.15 Bij memorie van antwoord, tevens houdende wijziging van eis heeft [eiser] zijn eis in conventie gewijzigd en daarbij, voor zover in cassatie van belang, gevorderd Fund II en Investments te veroordelen tot betaling aan [eiser] van een bedrag van € 1.350.235,= met rente terzake van interimdividend Fund II over het jaar 2007.

1.16 Partijen hebben hun zaak op 11 mei 2011 doen bepleiten.

1.17 Het hof heeft bij tussenarrest van 24 mei 2011 de zaak naar de rol verwezen voor het vragen van akte aan de kant van [eiser] van een schriftelijke uitlating, uitsluitend tot reactie op de namens Waterman bij pleidooi gegeven concrete feitelijke onderbouwing van de bewering dat [eiser] al lange tijd onvoldoende functioneerde en ondanks klachten en aansporingen zijn prestaties niet verbeterde.

1.18 Nadat beide partijen een akte hebben genomen, heeft het hof bij tussenarrest van 13 december 2011 de in de leveringsakte

van 9 december 2005 opgenomen Bad Leaver-bepaling uitgelegd, overwogen dat Waterland nader bewijs dient te leveren van haar stellingen en de zaak naar de rol verwezen voor uitlating aan de kant van Waterland over de vraag of tot een getuigenverhoor moet worden overgegaan.

1.19 Partijen hebben een akte houdende uitlating getuigenverhoor en een antwoordakte genomen. Vervolgens hebben getuigenverhoren plaatsgevonden.

1.20 Bij eindarrest van 31 maart 2015 heeft het hof geoordeeld dat Waterland is geslaagd in het haar opgedragen bewijs en heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en opnieuw rechtdoende in conventie de in hoger beroep gewijzigde vorderingen van [eiser] afgewezen en in reconventie voor recht verklaard dat [eiser] als *Bad Leaver* moet worden aangemerkt en om die reden geen nadere koopprijs voor zijn aandelen dient te ontvangen. Het hof heeft [eiser] voorts veroordeeld tot terugbetaling van het door hem ontvangen voorschot van € 200.000,= met rente en kosten.

1.21 [eiser] heeft tegen de arresten van 24 mei 2011, 13 december 2011 en 31 maart 2015 tijdig⁸ cassatieberoep ingesteld⁹.

Waterland heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, waarna zij hebben gere- en gedupliceerd¹⁰.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit een inleiding en vier onderdelen.

2.2 Onderdeel 1 (met als kopie “wijze van getuigenverhoor”) bevat twee subonderdelen.

Subonderdeel 1.1 klaagt in de eerste plaats dat het hof met zijn oordeel in rov. 3.3.2 en 3.7-3.13 van zijn eindarrest dat de verklaringen van de personen die zijn gehoord op de in deze zaak gekozen wijze zijn te beschouwen en te waarden als getuigenverklaringen in de zin van artikel 163 Rv e.v., blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens het subonderdeel is als getuigenverklaring in de zin van art. 163 e.v. Rv als zodanig (in beginsel) (slechts) aan te merken een mondeling voor de rechter afgelegde verklaring waarbij geen gebruik is gemaakt van een schriftelijk opstel en waarbij voorts de mede ter terechtzitting verschenen getuigen – uitgezonderd de partijgetuige – niet aanwezig (mogen) zijn. Het subonderdeel verwijst naar (de ratio van) art. 179 Rv (en naar art. 220 Sr.¹¹), te weten dat de getuige zijn verklaring (zoveel mogelijk) onbevangen en zonder afstemming of ruggespraak dient af te leggen. Bij wege van hypothetische feitelijke grondslag staat volgens het subonderdeel vast dat de schriftelijke opstellen van de door Waterland voorge-

8 De cassatiedagvaarding is op 30 juni 2015 uitgebracht.

9 [eiser] heeft daarbij het voorbehoud gemaakt om na ontvangst van het proces-verbaal van het pleidooi van 11 mei 2011 aanvullende klachten te formuleren. Daarvan heeft hij geen gebruikgemaakt. Dit p-v bevindt zich ook niet in de procesdossiers.

10 De door partijen overgelegde procesdossiers komen niet geheel overeen. In procesdossier A ontbreken de bij de memorie van grieven horende producties 1 t/m 9 (behalve de producties genoemd in productie 2 (nr. 14A)), het extract uit het audiëntieblad van de rechtbank Amsterdam van 7 januari 2009 en het proces-verbaal voorzetting enquête van 6 februari 2013 (nr. 26). Het procesdossier A bevat voorts, in tegenstelling tot procesdossier B, de (fax)-brieven van mr. Crucq aan het Enquêtebureau van 18 en 19 juni 2013, de (fax)brief van mr. Henrichs van 19 juni 2013 en de (fax)-brief van de raadsheercommissaris van 19 juni 2013.

11 Kennelijk is art. 220 Sv bedoeld: 1. De getuige legt zijne verklaring af, zonder zich van een schriftelijk opstel te mogen bedienen. 2. De rechter-commissaris kan echter om bijzondere redenen den getuige toestaan, bij zijne verklaring zoodanig gebruik te maken van geschriften of schriftelijke aantekeningen als hij veroorloven zal.

6 Zie voor een volledige opsomming van het door Waterland in reconventie gevorderde het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 oktober 2009, rov. 3.3.

7 De subsidiair ingestelde vordering betreft het geval dat het hof [eiser] als Other Leaver aanmerkt.

bracht getuigen schriftelijk en mondeling zijn voorbereid met de advocaten van Waterland, deze in concept door de advocaten zijn opgesteld en na nalezing door betrokkene zijn goedgekeurd¹². Bovendien staat, aldus het subonderdeel, bij de in deze zaak gekozen wijze van verhoor niets eraan in de weg dat bij het redigeren van de opstellen andere(n) (getuigen) aanwezig zijn en hierop invloed kunnen uitoefenen.

2.3 *Subonderdeel 1.2* klaagt dat het hof zijn beslissing om de verhoren te laten plaatsvinden op de in deze zaak gekozen wijze niet naar de eisen van de wet met redenen heeft omkleed. Daartoe dient het belang van een doelmatige en voortvarende rechtspleging te worden afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding. Het hof heeft verder ten onrechte niet (kenbaar) onderzocht of en, zo ja, welke maatregelen getroffen konden worden om (beter) te waarborgen dat de schriftelijke verklaringen (zoveel mogelijk) onbevungen en zonder afstemming of ruggespraak tot stand zouden komen.

2.4 Van de door het onderdeel bestreden rechtsoverwegingen citeer ik rov. 3.3.2, en voor een goed begrip daarvan ook de daaraan voorafgaande rechtsoverweging 3.3.1:

“3.3.1. In overleg tussen de beide raadslieden en de raadsheercommissaris is, vanwege de lange duur van het verhoor van de eerste getuige en het extreme te verwachten tijdsbestek indien voor het verhoor van de verdere getuigen niet voor een andere wijze van verhoor zou worden gekozen, gezamenlijk – derhalve met instemming van partijen en hun advocaten – besloten de getuigen aldus te horen dat iedere getuige voorafgaand aan het getuigenverhoor een schriftelijke en door hem/haar ondertekende verklaring zou opstellen, dat deze verklaring vooraf aan de raadsheercommissaris en aan de advocaat van de wederpartij zou worden toegezonden, dat die verklaring vervolgens door de raadsheercommissaris werd gewaarmerkt zodat ieder over dezelfde verklaring zou beschikken, en dat het verhoor aldus zou plaatsvinden dat de (genummerde) verklaring ter zitting nummer voor nummer door de aanwezigen werd doorgelezen, dat vervolgens aan de getuige de vraag werd voorgelegd of hij het desbetreffende deel van de verklaring onder ede bevestigde en dat daarna gelegenheid bestond voor de raadsheercommissaris, de getuige, de partijen en hun advocaten, om naar aanleiding van het in de verklaring onder het desbetreffende nummer geschrevene een opmerking te maken dan wel een vraag/vragen stellen. Ook daarna konden in het algemeen nog vragen worden gesteld.

3.3.2. Het hof is zich ervan bewust dat de geschetste gang van zaken niet volledig dezelfde waarborgen biedt als wanneer de getuige[n] ‘spontaan’ waren gehoord en een verklaring hadden afgelegd. Het hof zal, bij de beoordeling van de aan de verklaringen toekomende bewijskracht, hiermee rekening houden.”

2.5 Het hof heeft verder in de rechtsoverwegingen 3.7 tot en met 3.11 het bewijs weergegeven¹³, in de rechtsoverwegingen 3.12.1-3.12.3 het bewijs beoordeeld en geconcludeerd dat Waterland in het haar opgedragen bewijs is geslaagd en in rechtsoverweging 3.13 geoordeeld dat dit leidt tot de conclusie dat de rechtbank ten onrechte heeft beslist dat [eiser] niet als een *bad leaver* (curs. hof) kan worden aangemerkt.

2.6 De hiervoor onder 2.2 weergegeven eerste klacht van subonderdeel 1.1 staat haaks op het standpunt dat [eiser] in appel

heeft ingenomen. In zijn memorie na enquête heeft [eiser] het volgende gesteld:

“11. (...) De (...) stelling van Waterland, dat artikel 164 lid 2 Rv. (...) niet van toepassing zou zijn op schriftelijke partijverklaringen wordt betwist. Ten eerste is de stelling gebaseerd op een extensieve lezing van het geciteerde arrest.[in de bij de tekst geplaatste noot wordt verwezen naar HR 24 januari 2003, NJ 2003/166] Ten tweede mist het relevantie in dit concrete geval, omdat de tevoren schriftelijk afgegeven verklaringen van de getuigen van Waterland in de mondelinge verhoren van de (partij)getuigen van Waterland door de getuigen letterlijk onder ede zijn herhaald, en de getuigen vervolgens op ieder onderdeel van hun verklaringen mondeling zijn bevraagd.

12. De schriftelijke verklaringen van de getuigen van Waterland zijn op die wijze onlosmakelijk geïncorporeerd in de mondelinge getuigenverklaringen, waarvan Waterland in haar MnE erkent dat ze voor wat betreft [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] alleen als *aanvullend* bewijs kunnen gelden. Om die reden is de regel, d[i]e Waterland in het geciteerde arrest leest, hier niet van toepassing.”

2.7 Nu [eiser] in hoger beroep heeft gesteld dat de tevoren schriftelijk afgegeven verklaringen van de getuigen van Waterland onlosmakelijk zijn geïncorporeerd in de mondelinge getuigenverklaringen, houdt zijn klacht een ongeoorloofd novum in cassatie in en faalt deze mitsdien.

2.8 Ten overvloede maak ik puntsgewijs nog enkele inhoudelijke opmerkingen:

– uit de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.3.1 blijkt dat de gevolgde gang van zaken het resultaat is van overleg tussen partijen en de raadsheercommissaris;

– de tevoren opgestelde verklaringen van de te horen getuigen¹⁴ zijn ter zitting per paragraaf aan de beëdigde getuige voorgelegd met de vraag of hij deze wilde bevestigen;

– alle betrokkenen (raadsheercommissaris, de getuige, de partijen en hun advocaten) konden vervolgens specifieke en algemene vragen stellen of opmerkingen maken;

– aldus is voldaan aan de mogelijkheid van de rechtstreekse confrontatie van getuige(n), partijen en rechter, hetgeen volgens Asser de meerwaarde van het in de wet geregelde getuigenverhoor is¹⁵.

– het hof heeft zich gerealiseerd dat de gevolgde gang van zaken afwijkt van het normale patroon en houdt daarmee rekening bij de bewijswaardering (rov. 3.3.2¹⁶). Daarin is de rechter vrij (art. 152 lid 2 Rv).

– zowel de verklaring van de ter zitting gehoorde getuige als de schriftelijke verklaring¹⁷ staat ter vrije beoordeling aan de rechter¹⁸;

225

12 Het onderdeel verwijst naar de MnE 20-21 en vermeldt dat dit ook door de getuigen is bevestigd, p-v 28 mei 2013, p. 3, tweede alinea.

13 Wanneer de tekst is ontleend aan een door de getuige(n) tevoren opgestelde (en vervolgens door de getuige onder ede bevestigde) schriftelijke verklaring is dat zichtbaar gemaakt doordat die tekst inspringt, zie rov. 3.6.

14 Met uitzondering van getuige [betrokkene 2] zijn alle getuigen op de door het hof in rechtsoverweging 3.3.1 omschreven wijze gehoord.

15 Zie Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013/162 en 173.

16 Zie in dat verband ook rechtsoverweging 3.12.1 van het eindarrest.

17 Zie over de RiK-verklaringen en de bewijskracht daarvan Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013/174 en G. de Groot 2015, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 33.

18 Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat de Hoge Raad in het arrest van 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL&422, NJ 2004/151 heeft bepaald dat de rechter zich zal dienen af te vragen bij de waardering van de bewijskracht van een (vooraf door een procespartij opgestelde en aan een derde ter ondertekening voorgelegde) schriftelijke verklaring in hoeverre aan de betrouwbaarheid van de verklaring afbreuk wordt gedaan doordat hij de persoon die de verklaring heeft afgelegd niet zelf – onder ede – heeft kunnen horen in aanwezigheid van de tegenpartij en hij ook betekenis kan hechten “aan andere feiten en omstandigheden, zoals de wijze waarop de verklaring tot stand is gekomen” (rov.

– in cassatie is niet bestreden dat [betrokkene 1], [betrokkene 3], [betrokkene 4] en [betrokkene 2] partijgetuigen van Waterman zijn en dat, nu de bewijslast op Waterland rust, aan de door hen afgelegde verklaringen de beperkte bewijskracht van art. 164 lid 2 toekomt (rov. 3.4 eindarrest).

Op grond van het voorgaande meen ik dat [eiser] geen belang heeft bij zijn klacht en voorts dat het hof niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de wijze waarop het hof de getuigenverhoren heeft laten plaatsvinden.

2.9 De motiveringsklacht van subonderdeel 1.2 faalt eveneens. Het hof heeft in rechtsoverweging 3.3.1 duidelijk gemotiveerd waarom het de verhoren op deze wijze heeft laten plaatsvinden, namelijk vanwege de lange duur van het verhoor van de eerste getuige en het extreme te verwachten tijdsbestek indien voor het verhoor van de verdere getuigen niet voor een andere wijze van verhoor zou worden gekozen.

2.10 Subonderdeel 1.1 bevat als tweede klacht dat de schriftelijke verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 3] niet in één van de in het Nederlands burgerlijk procesrecht erkende talen (zijn de het Nederlands en onder omstandigheden het Fries) zijn gesteld, terwijl pas na de datum van het verhoor een (beëdigde) vertaling van één van de schriftelijke verklaringen (namelijk van [betrokkene 3]) beschikbaar is gekomen¹⁹. Voor zover de verklaringen bestaan uit een (niet in het Nederlands of Fries gesteld) schriftelijk opstel en niet mondeling ten overstaan van de rechter zijn afgelegd, had het hof deze dus niet als getuigenverklaringen “ex” art. 163 e.v. Rv, doch (ten hoogste) als schriftelijke verklaringen met vrije bewijskracht kunnen en moeten aanmerken en waarden, aldus nog steeds het subonderdeel.

2.11 De klacht mist feitelijke grondslag. Blijkens de bij het proces-verbaal van 6 februari 2013²⁰ gevoegde verklaring van [betrokkene 1] is deze in het Nederlands gesteld.

De klacht dat de schriftelijke verklaring van [betrokkene 3] ten onrechte niet in één van de in het Nederlands burgerlijk procesrecht erkende talen is gesteld, terwijl eerst na de datum van het verhoor een (beëdigde) vertaling daarvan beschikbaar is gekomen, faalt gelet op het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65²¹. De verklaring van [betrokkene 3] is in het Engels opgesteld²². De Hoge Raad heeft in genoemd arrest als volgt geoordeeld:

“3.4.3. De vraag in hoeverre de rechter acht dient te slaan op producties die in een vreemde taal zijn gesteld, dient bij gebreke van een wettelijke regeling te worden beantwoord aan de hand van de eisen van een behoorlijke rechtspleging. Daarbij gelden de volgende uitgangspunten.

3.4.4. Bij de beoordeling van het geschil dient acht te worden geslagen op behoorlijk in het geding gebrachte producties die in een vreemde taal zijn gesteld en waarop door een partij een beroep is gedaan, als de rechter en de wederpartij een vertaling niet nodig hebben voor een goede beoordeling van de inhoud van die producties. Het overleggen van een vertaling van een productie is in beginsel niet noodzakelijk als die productie is gesteld in de Engelse, Duitse of Franse taal. De rechter kan echter een vertaling verlangen als hij dat nodig of wenselijk acht

voor de behandeling van de zaak, mede gelet op de belangen van de wederpartij. Een vertaling is in beginsel wel noodzakelijk als een productie is gesteld in een andere vreemde taal.

3.4.5. In gevallen waarin een vertaling ontbreekt, maar deze naar het – ambtshalve of op verzoek van de wederpartij gegeven – oordeel van de rechter noodzakelijk of wenselijk is, behoort de partij die de productie heeft overgelegd, gelegenheid te krijgen een vertaling daarvan in het geding te brengen, tenzij de eisen van een goede procesorde zich daartegen verzetten. De rechter kan bepalen dat die vertaling door een beëdigd vertaler moet zijn opgemaakt en ondertekend.”

2.12 Onderdeel 2 komt op tegen de rechtsoverwegingen 5.24-5.32 van het tussenarrest van 13 december 2011. Het onderdeel neemt de door het hof in rechtsoverweging 5.8 van dat tussenarrest gegeven uitleg van de Bad Leaver-bepaling tot uitgangspunt en klaagt dat het hof er in de bestreden rechtsoverwegingen ten onrechte vanuit gaat dat met de vaststelling van de door Waterland gestelde tekortkomingen B-D, tevens is komen vast te staan dat [eiser] daarvan een verwijt zou zijn te maken, zoals voor de kwalificatie bad leaver is vereist. Deze klacht wordt in de subonderdelen 2.1-2-5 nader uitgewerkt.

2.13 Met betrekking tot de in het kader van de uitleg van toepassing van de Bad Leaver-bepaling toe te passen maatstaf heeft het hof, in cassatie niet bestreden, in zijn tussenarrest van 13 december 2011 als volgt geoordeeld:

“5.8 (...) Met de rechtbank is het hof (...) van oordeel dat de Bad Leaver-bepaling als volgt moet worden uitgelegd. Voor zover in deze zaak van belang, is [eiser] bad leaver indien zich ten aanzien van [eiser] veranderingen in de omstandigheden hebben voorgedaan, die van dien aard zijn dat een Nederlandse rechter zou moeten oordelen dat de service-agreement tussen Waterland GmbH en [eiser], aangenomen dat deze een arbeidsovereenkomst zou zijn, billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, waarbij alle omstandigheden van het geval in de afweging dienen te worden betrokken, met dien verstande dat in elk geval moet blijken van verwijtbaar gedrag aan de zijde van [eiser].

5.9 (...)

Wel verdient overweging, gelet op hetgeen partijen hebben aangevoerd, dat relevant verwijtbaar gedrag aan de zijde van [eiser] ook hierin kan bestaan dat [eiser] naar aanleiding van op hem uitgeoefende kritiek onvoldoende heeft gepoogd die kritiek weg te nemen.”

2.14 Het hof heeft vervolgens, ter beoordeling van de vraag of – gegeven de hiervoor geciteerde uitleg van de bad leaver-bepaling – [eiser] als bad leaver moet worden aangemerkt (rov. 5.10), het partijdebat over de door Waterman aan [eiser] gemaakte verwijten (A-E) vermeld (rov. 5.12-5.14) en zelf een punt F genoemd, te weten de vragen of [eiser] op de gebreken in zijn functioneren is aangesproken, of Waterland gepoogd heeft het functioneren van [eiser] te verbeteren en of [eiser] naar aanleiding van op hem uitgeoefende kritiek voldoende heeft gepoogd die kritiek weg te nemen. Op punt F heeft ook betrekking, zo overweegt het hof in de laatste alinea van rechtsoverweging 5.15, hetgeen Waterland heeft gesteld met betrekking tot het aanspreken van [eiser], het hem vragen om verbetering en het uitblijven van verbetering ten aanzien van afzonderlijke onderdelen van de aan [eiser] gemaakte verwijten A-E.

2.15 Het hof heeft in de rechtsoverwegingen 5.23-5.34 de verwijten A-E beoordeeld en is in rechtsoverweging 5.35 tot de slotsom gekomen dat de verwijten A-D gegrond zijn en het verwijt inzake punt E niet. Met betrekking tot de stellingen van Waterland inzake punt F heeft het hof bewijslevering in het vooruitzicht gesteld en heeft het hof de zaak naar de rol verwezen voor

3.2.2). Zie hierover o.a. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/76 en R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, Deventer: Kluwer 2011, p. 258, m.n. voetnoot 85.

19 Het onderdeel verwijst naar p-v 28 mei 2013, p. 2, eerste alinea.

20 Dit p-v ontbreekt in het A-dossier.

21 Zie over dit arrest ook de s.t. van eiser, p. 7, voetnoot 11. Ik lees hierin niet dat de klacht wordt ingetrokken.

22 Zie p-v getuigenverhoor 6 februari 2013, p. 7 onder 1 en de aangehechte verklaring en het p-v van 28 mei 2013, p. 2, eerste alinea waarbij als bijlage een vertaling van de verklaring is gevoegd.

uitlating aan de kant van Waterland over de vraag of tot een getuigenverhoor inzake punt F moet worden overgegaan.

2.16 In zijn eindarrest van 31 maart 2015 heeft het hof na en naar aanleiding van de afgelegde getuigenverklaringen geoordeeld dat in voldoende mate is komen vast te staan dat ten aanzien van het overgrote deel van de door Waterland aan [eiser] gemaakte verwijten die het hof in zijn tussenarrest van 13 december 2011 gegrond had bevonden, [eiser] meermalen is gemaand de zaken anders en beter aan te pakken maar niet bereid was zijn manier van werken te veranderen en rekening te houden met wensen en andere aansporingen van de andere principals, en voorts dat verbetering ten aanzien van die onderdelen is uitgebleven (rov. 3.12.2). Dit oordeel wordt in cassatie niet bestreden.

2.17 Door het in het oordeel van het hof leveren van het bewijs als hiervoor bedoeld, is het relevant verwijtbaar gedrag – als bedoeld in rov. 5.9 van het tussenarrest van 13 december 2011 – met betrekking tot de reeds gegrond bevonden verwijten B-D komen vast te staan. Hieruit volgt dat de hiervoor onder 2.12 geciteerde (hoofd)klacht van het onderdeel 2 op een onjuiste lezing van rechtsoverweging 5.8 berust. De afzonderlijke subonderdelen, die een uitwerking van deze hoofdklacht inhouden, behoeven derhalve geen verdere bespreking.

2.18 Onderdeel 3 richt zich in drie subonderdelen tegen rechtsoverweging 3.4 van het tussenarrest van 24 mei 2011, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld (voor de leesbaarheid citeer ik ook de relevante passages uit rov. 3.2 en rov. 3.3):

“3.2 (...) De grieven zijn voornamelijk toegelicht met de bewering dat [eiser] al lange tijd onvoldoende ‘functioneerde en ondanks klachten en aansporingen zijn prestaties niet verbeterde, welke bewering nader is uitgewerkt in de memorie van de appellanten (sustenu’s 20-31). Bij hun pleidooi voor het hof hebben de appellanten, goeddeels voor het eerst, een concrete feitelijke onderbouwing van die bewering gegeven (pleitnotities mr. Henrichs, 4-25). [eiser] heeft hiertegen het bezwaar gemaakt dat hij op deze feitelijke onderbouwing bij het pleidooi aan zijn kant niet naar behoren kon reageren.

3.3 Het hof herinnert eraan dat in het vonnis is overwogen dat de appellanten pas gaandeweg de procedure (in eerste aanleg) en dan nog steeds maar mondjesmaat en hoofdzakelijk alleen in algemene bewoordingen invulling hebben gegeven aan de verwijten die zij [eiser] zeggen te maken, waarbij de rechtbank wees op de tot in detail gemotiveerde brief van [eiser] van 14 maart 2007. In het vonnis is ook vastgesteld dat [eiser] in die brief de verwijten bestreed, die Waterland GmbH in haar brief van 21 februari 2007 ten grondslag had gelegd aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dit alles hebben appellanten in hoger beroep niet bestreden. Ook is niet bestreden dat [eisers] brief van 14 maart 2.007 onbeantwoord is gebleven.

3.4 Tegen de achtergrond van deze gang van zaken is het bezwaar van [eiser] gegrond. Er is evenwel geen goede reden om de bedoelde, namens de appellanten bij pleidooi gegeven, feitelijke onderbouwing zonder meer ter zijde te stellen. Het gaat niet om nieuwe grieven maar om feitelijke onderbouwing van tijdig aangevoerde grieven. Het hof zal daarom [eiser] in de gelegenheid stellen zich alsnog schriftelijk uit te laten tot reactie hierop, waartoe de zaak naar de rol zal worden verwezen. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat, indien [eiser] daarvan gebruik maakt, de appellanten de gelegenheid moet worden geboden weer schriftelijk te reageren op [eisers] uitlatingen. Nadat deze gelegenheid of gelegenheden zijn geboden, kan weer arrest worden gevraagd.”

2.19 *Subonderdeel 3.1* klaagt dat het hof de bij pleidooi gegeven feitelijke onderbouwing ten onrechte niet wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing heeft gelaten en daar-

mee heeft miskend dat een appellant die voor het eerst bij pleidooi zijn slechts in algemene bewoordingen geformuleerde grieven aanvult met de voor de beoordeling van de eis of zijn verweer relevante concrete feiten en omstandigheden, terwijl die aanvulling al eerder had kunnen – en daarom ook moeten – worden gegeven (in beginsel) in strijd handelt met de beginselen van een goede procesorde en met het daarin besloten liggende beginsel van concentratie van het processuele debat, zoals dat mede tot uitdrukking komt in de twee-conclusie regel. Dat geldt volgens het onderdeel ook indien de aanvulling niet als grief kan worden aangemerkt.

Volgens *subonderdeel 3.3* doet hieraan niet af dat [eiser] is toegestaan om bij akte op de aanvullingen van Waterland te reageren. 2.20 Alvorens op de klachten van het onderdeel in te gaan merk ik het volgende op.

(i) [eiser] heeft op 21 juni 2011 een akte genomen waarin hij zijn bezwaar tegen het niet buiten beschouwing laten van de feitelijke onderbouwing heeft gehandhaafd, maar waarin hij wel puntsgewijs inhoudelijk op de feitelijke onderbouwing heeft gereageerd.

(ii) In cassatie wordt niet opgekomen tegen het oordeel van het hof dat het niet gaat om nieuwe grieven maar om een feitelijke onderbouwing van tijdig aangevoerde grieven. Beoordeling van de vraag of partijen na hun conclusies in hoger beroep, bijvoorbeeld bij pleidooi, nieuwe feiten mogen aanvoeren die een uitwerking vormen van al eerder aangevoerde stellingen, geschiedt aan de hand van de maatstaf van de goede procesorde²³. Deze eisen brengen mee dat de rechter dergelijke feiten terzijde kan laten op de grond dat de tegenpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren of dat zij een nader onderzoek nodig zou maken waarvoor het betreffende geding geen gelegenheid meer biedt²⁴. Een oordeel dat zich een zodanig geval voordoet is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt²⁵.

2.21 Gelet op het vorenstaande getuigt het oordeel van het hof dat er geen goede reden is om de feitelijke onderbouwing zonder meer ter zijde te stellen, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is – anders dan subonderdeel 3.3 stelt – wel van belang dat [eiser] gelegenheid is geboden om bij akte te reageren, en voorts dat hij dat ook heeft gedaan.

2.22 Ik wijs daarnaast op het volgende.

In zijn tussenarrest van 13 december 2011 heeft het hof overwogen dat [eiser] “opnieuw” bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat Waterland bij de pleidooien een aantal feitelijke stellingen heeft betrokken en dat hij het hof heeft verzocht deze stellingen buiten beschouwing te laten. Het hof heeft vervolgens dienaangaande als volgt geoordeeld:

“2.1 (...) Het hof heeft, in het tussenarrest al overwogen dat het bezwaar weliswaar gegrond is, maar dat er geen goede reden is om de hier bedoelde, namens Waterland bij pleidooi gegeven feitelijke onderbouwing zonder meer ter zijde te stellen. In het thans door [eiser] aangevoerde vindt het hof geen aanleiding op dit punt thans anders te oordelen. Het verzoek wordt niet gehonoreerd.

2.2 Het hof stelt vast dat [eiser] thans naar behoren heeft kunnen reageren op voornoemde feitelijke onderbouwing.”

2.23 Nu [eiser] in cassatie niet is opgekomen tegen deze oorde-

23 Zie over deze materie en het verschil met de uitzonderingen op de twee-conclusieregel Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/116 en 162-163.

24 Ras/Hammerstein 2011 nr. 29 onder verwijzing naar jurisprudentie in voetnoot 54.

25 Ras/Hammerstein 2011 nr. 29 onder verwijzing naar jurisprudentie in voetnoot 55.

len, kunnen de klachten van onderdeel 3 sowieso niet tot cassatie leiden. Ik laat om die reden verdere bespreking van het onderdeel achterwege.

2.24 Onderdeel 4 bevat twee klachten.

Subonderdeel 4.1 is een voortbouwklacht voor het geval de onderdelen 1, 2 of 3 slagen. Dat is niet het geval zodat het subonderdeel deelt in het lot van de voorgaande onderdelen.

2.25 *Subonderdeel 4.2* is gericht tegen de rechtsoverwegingen 3.15.1-3.16 van het eindarrest van 31 maart 2015 betreffende de vordering tot betaling van dividend aandelen Fund II²⁶, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“3.15.1. Aparte behandeling behoeft de door [eiser] voor het eerst in hoger beroep ingestelde vordering tot betaling van een bedrag van € 1.350.235,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 juli 2007 tot aan de dag ter betaling, ter zake van op 1 mei 2007 betaalbaar gesteld dividend op de aandelen [F]und II, aan de andere aandeelhouders in dat fonds uitgekeerd op 31 juli 2007.

3.15.2. Tegen deze vordering heeft Waterland onder meer het verweer gevoerd dat op basis van de in de akte van 9 december 2005 overeengekomen volmacht de economische eigendom van de aandelen van [eiser] in Fund II op 7 maart 2007 is overgedragen aan Continuïteit en dat op grond van die overdracht het nadien betaalbaar gestelde dividend toekomt (niet meer aan [eiser] maar) aan de economisch eigenaar. Waterland heeft er in dit verband op gewezen dat de overdracht van de economische eigendom is bekrachtigd in artikel 1.2 van de akte van 8 oktober 2010, de akte waarbij als uitvloeisel van tussen partijen bereikte overeenstemming (ook) de juridische eigendom op de aandelen door [eiser] aan Continuïteit is overgedragen. Dit artikel luidt:

1.2 Insofar as the sale and the transfer of the beneficial ownership (*economische eigendom*) of the Shares in accordance with the Agreement was unsuccessful, the Seller and the Purchaser shall hereby effect the transfer of the Shares with economical retro-active effect as per the Effective Date (A-G: 7 maart 2007).

3.15.3. Mede gezien het feit dat [eiser] als *bad leaver* dient te worden aangemerkt en dat daaruit voor hem de verplichting voortvloeide om mee te werken aan de volledige eigendomsoverdracht van de aandelen, kunnen op grond van het vorenstaande eventuele bezwaren van [eiser] tegen de eerdere overdracht van de economische eigendom niet worden gehonoreerd.

3.16. Bij de behandeling van de (subsidiäre) grief 4 heeft Waterland geen belang omdat de in die grief bedoelde situatie zich niet voordoet.”

2.26 Het subonderdeel klaagt ten eerste dat het hof met zijn overweging dat [eiser] bij akte van 8 oktober 2010 de overdracht van de economische eigendom van de aandelen per 7 maart 2007 (met terugwerkende kracht) heeft bekrachtigd, er aan voorbij heeft gezien dat [eiser] niet in de gelegenheid is geweest op dit eerst bij pleidooi in hoger beroep²⁷ gevoerde verweer te reageren en dat daarom niet van de juistheid van dit verweer kan worden uitgegaan. Het onderdeel klaagt voorts dat het hof met zijn oordeel dat [eiser] als *bad leaver* dient te worden aangemerkt en dat zijn bezwaren tegen de overdracht van de aandelen daarom ongegrond zijn, heeft nagelaten te responderen op de (essentiële) stelling van [eiser] dat hij (ook als eventuele *bad leaver*) pas gehouden was de aandelen per 15 september 2007 over te dragen²⁸ en dat hij dus in beginsel gerechtigd was tot de dividendbetaling die per juli 2007 is verricht.

26 Het bij pleidooi door Waterman gemaakte bezwaar tegen deze wijziging van eis in conventie is door het hof verworpen, zie tussenarrest 24 mei 2011, rov. 2.2-2.8.

27 Het onderdeel verwijst naar de pleitnota van Waterland onder 30.

2.27 Uit de vaststaande feiten volgt dat in de leveringsakte van de aandelen Fund II van 9 december 2005 de bepaling is opgenomen dat [eiser] de aandelen bij beëindiging van zijn dienstverband/bestuurderschap zal verkopen en leveren aan Continuïteit en dat hij dat binnen twee weken zal doen zowel in het geval hij als *bad leaver* wordt aangemerkt als in het geval hij als *leaver for other reasons* moet worden gezien²⁹. Voorts staat vast dat [eiser] op 21 februari 2007 met onmiddellijke ingang als bestuurder is ontslagen³⁰. In cassatie is voorts onbestreden dat Waterland op 7 maart 2007 met gebruikmaking van de volmacht van [eiser] de economische eigendom van de door [eiser] gehouden aandelen aan Continuïteit heeft doen overdragen tegen betaling aan [eiser] van een bedrag van € 42.767,= zijnde de koopprijs volgens de *Bad Leaver*-bepaling³¹.

2.28 Waterman heeft in eerste aanleg gesteld dat na kennisname van het standpunt van [eiser] ten aanzien van de toepasselijkheid van de *Bad Leaver*-bepaling, de Principals Board op 23 mei 2007 voor zoveel nodig een nieuw besluit heeft genomen op grond waarvan [eiser] de aandelen in ieder geval als *other leaver* moet terugleveren, en wel binnen twee weken na 23 mei 2007, althans uiterlijk 31 augustus 2007³².

2.29 De rechtbank heeft bij vonnis van 28 oktober 2009 geoordeeld dat [eiser] niet als *bad leaver* kon worden aangemerkt en heeft [eiser] bevolen om de 42.767 aandelen in het kapitaal van Fund II aan Continuïteit te verkopen en te leveren overeenkomstig de *Other leaver*-bepaling, waarbij het reeds op 7 maart 2007 aan [eiser] betaalde bedrag van € 42.767,= zal worden aangemerkt als betaling van een deel van de koopsom.

Nadien zijn ingevolge een op 18 juni 2010 ter terechtzitting van de voorzieningenrechter gesloten vaststellingsovereenkomst³³ de aandelen van [eiser] bij notariële akte van 8 oktober 2010³⁴ aan Continuïteit verkocht en overgedragen en is aan [eiser] op 5 oktober 2010 een terugvorderbaar voorschot betaald op de in onderhavige zaak te betalen koopsom voor de aandelen³⁵.

2.30 Waterman heeft blijkens de pleitnotities van mr. Henrichs van 11 mei 2011 met betrekking tot bij eisvermeerdering ingestelde vordering van [eiser] tot betaling van dividend over 2007 het volgende gesteld³⁶:

“29. Mocht u oordelen dat de eisvermeerdering is toegestaan, dan is de vordering ten aanzien van interim dividend niet toewijsbaar. Immers: [eiser] heeft de economische eigendom van zijn aandelen al op 7 maart 2007 overgedragen van [eiser] naar Stichting Continuïteit II.

30. Deze overdracht van economische eigendom is – voor zover noodzakelijk – bekrachtigd in de akte waarmee de juridische eigendom op de aandelen is overgedragen (...). Artikel 1.2 bepaalt: (...)

31. Met die passage hebben partijen duidelijk gemaakt dat het geschil zou worden beperkt tot de koopprijs van de aandelen op de ‘fictieve overdrachtsdatum’. De overdracht van de econo-

28 Het onderdeel verwijst voor deze stelling naar de mva onder 106. M.i. is de stelling opgenomen in nr. 105.

29 Zie hiervoor onder 1.4.

30 Zie hiervoor onder 1.5.

31 Zie hiervoor onder 1.6.

32 Zie hierover de cva, tevens houdende eis in reconventie van Waterland onder 15b, 21, 22 en 35. Het besluit is opgenomen als productie 1 bij dit gedingstuk.

33 Zie de bij de akte houdende wijziging/vermindering van eis in reconventie van Waterland van 14 december 2010 gevoegde productie 10 (B-dossier).

34 Zie de bij de akte houdende wijziging/vermindering van eis in reconventie van Waterland van 14 december 2010 gevoegde productie 11 (B-dossier).

35 Zie hiervoor onder 1.13.

36 B-dossier, nr. 19.

mische aandelen per 7 oktober 2007 betekent dat [eiser] weliswaar in (strikt) juridische, goederenrechtelijke zijn eigenaar bleef, maar dat hij op basis van de contractuele afspraak over ‘economische eigendom’ alle voordelen (zoals dividend) aan Stichting Continuïteit zou laten, uiteraard met uitzondering van de eventueel nog verschuldigde, door uw Hof vast te stellen koopprijs.”

2.31 Ik merk allereerst op dat bij gebreke van een proces-verbaal van de pleitzitting van het hof van 11 mei 2011³⁷ de feitelijke grondslag van de eerste klacht dat [eiser] niet meer heeft kunnen reageren op het bovenstaande, ontbreekt. In cassatie wordt niet aangevoerd dat [eiser] tijdens het pleidooi heeft gesteld dat hij nog op het verweer wilde reageren. Nu hij deze vordering bij memorie van antwoord, tevens houdende wijziging van eis heeft ingesteld, had [eiser] er op bedacht moeten zijn dat verweer daartegen bij pleidooi (de eerste gelegenheid voor Waterland om daarop te reageren) zou kunnen worden gevoerd.

2.32 Daarnaast kan de klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. De bekrachtiging heeft slechts plaatsgevonden (artikel 1.2 akte van 8 oktober 2010): “Insofar as the sale and the transfer of the beneficial ownership (economische eigendom) of the Shares in accordance with the Agreement was unsuccessful”. Nu het hof heeft geoordeeld heeft dat [eiser] als *bad leaver* dient te worden aangemerkt, was deze bekrachtiging niet nodig gelet op het vastgestelde feit dat de economische eigendom per 7 maart 2007 conform de *bad leaver* bepaling is overgedragen.

2.33 De tweede klacht van het subonderdeel dat het hof heeft nagelaten te responderen op de (essentiële) stelling van [eiser] dat hij (ook als eventuele *bad leaver*) pas gehouden was de aandelen per 15 september 2007 over te dragen, faalt eveneens. Het hof heeft de vordering tot betaling van dividend afgewezen op de grond dat het dividend toekwam aan de economisch eigenaar. Nu [eiser] als *bad leaver* is aan te merken heeft het hof terecht geoordeeld dat de economische eigendom per 7 maart 2007 is overgedragen. De stelling van [eiser] in zijn memorie van antwoord, tevens houdende wijziging van eis onder 105 (zie hiervoor noot 27) dat “de vordering onafhankelijk is van de vraag of de *Bad Leaver* of de *Leaver for other reasons* regeling in de Deed of transfer van toepassing is” wordt zo summier toegelicht dat deze niet als essentieel kan worden aangemerkt.

2.34 Nu alle onderdelen falen dient het cassatieberoep te worden verworpen.

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:

- de vonnissen in de zaak 371437/HA ZA 07-1555 van de rechtbank Amsterdam van 24 oktober 2007 en 28 oktober 2009;
- de arresten in de zaak 200.058.091/01 van het gerechtshof Amsterdam van 24 mei 2011, 13 december 2011 en 31 maart 2015. De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Waterland c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Waterland c.s. mede door mr. L.J. Burgman en mr. M.B. Kerkhof.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 7 oktober 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] heeft vanaf 8 juni 2004 werkzaamheden ten behoeve van Waterland c.s. verricht. Vanaf 1 januari 2006 was hij volgens een schriftelijke overeenkomst *managing director* en statutair bestuurder van Waterland Private Equity GmbH. In laatstgenoemde hoedanigheid was [eiser] een van de *principals* die de *Principals Board* vormden. Als onderdeel van zijn beloning heeft hij aandelen in het kapitaal van Waterland Private Equity Fund II B.V. verkregen (hierna: de aandelen). Bij die verkrijging is onder meer overeengekomen dat hij de aandelen onder bepaalde condities – diende te verkopen en leveren aan Stichting Continuïteit SWW II ingeval zijn bestuurschap zou eindigen en hij zou zijn aan te merken als *bad leaver*.

(ii) Op 21 februari 2007 heeft Waterland Private Equity GmbH de schriftelijke overeenkomst met [eiser] opgezegd met ingang van 31 augustus 2007 en is [eiser] met onmiddellijke ingang als bestuurder ontslagen.

(iii) Op grond van een door [eiser] afgegeven schriftelijke volmacht heeft Stichting Werknemersbelangen Waterland II op 6 maart 2007 een overeenkomst tot verkoop van de aandelen van [eiser] aan Stichting Continuïteit SWW II ondertekend waarin uitgangspunt is dat [eiser] *bad leaver* is. Beide vennootschappen werden hierbij vertegenwoordigd door [betrokkene 1]. [eiser] heeft daarop met verloop van de voorzieningenrechter conservatoir beslag op de aandelen onder zichzelf doen leggen, waardoor de levering van de aandelen toen niet plaatsvond.

3.2.1 In dit geding vordert [eiser] onder andere een verklaring voor recht dat hij niet is gehouden de aandelen te verkopen en te leveren. Daartoe stelt hij onder meer dat hij niet is aan te merken als *bad leaver*.

De rechtbank heeft geoordeeld dat [eiser] niet als *bad leaver* is aan te merken, maar heeft hem op een andere grondslag en onder andere condities tot verkoop en levering van de aandelen veroordeeld.

3.2.2 Waterland c.s. hebben hoger beroep ingesteld. Terwijl het hoger beroep aanhangig was, heeft een kort geding plaatsgevonden. Ter zitting van de voorzieningenrechter is een vaststellingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan [eiser] de aandelen bij notariële akte van 8 oktober 2010 aan Stichting Continuïteit SWW II heeft verkocht en geleverd, en aan [eiser] op 5 oktober 2010 € 200.000,- is betaald als voorschot op de door het hof te bepalen koopsom voor de aandelen.

3.2.3 Nadat het hof Waterland c.s. had toegelaten tot bewijslevering, heeft een getuigenverhoor plaatsgevonden waarin Waterland c.s. gelegenheid hadden (nader) bewijs te leveren van hun stelling dat [eiser] meermalen is gemaand de zaken anders en beter aan te pakken maar niet bereid was zijn manier van werken te veranderen en rekening te houden met wensen en aansporingen van de andere *principals*, en voorts dat verbetering ten aanzien van de afzonderlijke onderdelen van de door het hof omschreven verwijten A tot en met E is uitgebleven (eindarrest, rov. 2.1).

3.2.4 In het eindarrest heeft het hof geoordeeld dat Waterland c.s. het aan hen opgedragen bewijs hebben geleverd. Het hof

³⁷ Zoals in noot 9 vermeld heeft [eiser] in zijn cassatiedagvaarding aangekondigd dat hij het p-v bij het hof zou opvragen en bevindt het zich niet in de procesdossiers.

heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en onder meer voor recht verklaard dat [eiser] als *bad leaver* moet worden aangemerkt en daarom geen nadere koopprijs voor zijn aandelen dient te ontvangen, met veroordeling van [eiser] tot terugbetaling van het voorschot van € 200.000,=.

Na te hebben vermeld dat in enquête zes getuigen zijn gehoord en in contra-enquête drie getuigen, heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen:

“3.3.1. In overleg tussen de beide raadslieden en de raadsheer-commissaris is, vanwege de lange duur van het verhoor van de eerste getuige en het extreme te verwachten tijdsbestek indien voor het verhoor van de verdere getuigen niet voor een andere wijze van verhoor zou worden gekozen, gezamenlijk – derhalve met instemming van partijen en hun advocaten – besloten de getuigen aldus te horen dat iedere getuige voorafgaand aan het getuigenverhoor een schriftelijke en door hem/haar ondertekende verklaring zou opstellen, dat deze verklaring vooraf aan de raadsheercommissaris en aan de advocaat van de wederpartij zou worden toegezonden, dat die verklaring vervolgens door de raadsheercommissaris werd gewaarmerkt zodat ieder over dezelfde verklaring zou beschikken, en dat het verhoor aldus zou plaatsvinden dat de (genummerde) verklaring ter zitting nummer voor nummer door de aanwezigen werd doorgelezen, dat vervolgens aan de getuige de vraag werd voorgelegd of hij het desbetreffende deel van de verklaring onder ede bevestigde en dat daarna de gelegenheid bestond voor de raadsheercommissaris, de getuige, de partijen en hun advocaten, om naar aanleiding van het in de verklaring onder het desbetreffende nummer geschrevene een opmerking te maken dan wel een vraag/vragen te stellen. Ook daarna konden in het algemeen nog vragen worden gesteld.

3.3.2. Het hof is zich ervan bewust dat de geschetste gang van zaken niet volledig dezelfde waarborgen biedt als wanneer de getuige ‘spontaan’ waren gehoord en een verklaring hadden afgelegd. Het hof zal, bij de beoordeling van de aan de verklaringen toekomende bewijskracht, hiermee rekening houden.

3.4. Partijen hebben er terecht op gewezen dat de getuigen [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] partijgetuigen van Waterland zijn en dat, nu de bewijslast op Waterland rust, aan de door hen afgelegde verklaringen de beperkte bewijskracht van artikel 164, lid 2, Rv toekomt.

(...)

3.12.1. (...)

Het hof heeft er oog voor dat de verklaringen van deze partijgetuigen ‘georkestreerd’ kunnen zijn, hetgeen te meer mogelijk is gemaakt door de gevolgde wijze van verhoor van de getuigen. Veel waarde komt daarom toe aan de kracht van de overige bewijzen (...).”

3.3 Onderdeel 1.1 klaagt onder meer dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de verklaringen van de personen die zijn gehoord op de in deze zaak gekozen wijze, zijn te beschouwen en waarderen als getuigenverklaringen in de zin van art. 163 e.v. Rv. Volgens de klacht is als getuigenverklaring in de zin van die bepalingen louter aan te merken een mondeling voor de rechter afgelegde verklaring waarbij geen gebruik is gemaakt van een schriftelijk opstel en waarbij de mede ter zitting verschenen getuigen niet tegenwoordig zijn.

Onderdeel 1.2 klaagt dat de beslissing om de verhoren te laten plaatsvinden op de in deze zaak gekozen wijze, niet naar de eisen van de wet met redenen is omkleed, omdat het hof niet (kenbaar) heeft onderzocht of het belang van een doelmatige en voortvarende rechtspleging, afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding, de onderhavige afwijking van de re-

guliere wijze van getuigenverhoor en de bijbehorende gevolgen voor de bewijswaardering rechtvaardigde.

Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4.1 Indien een procespartij aan een derde verzoekt om ten behoeve van de procedure een schriftelijke verklaring af te leggen en deze verklaring in het geding wordt gebracht, is de waarde van de bewijskracht van die verklaring aan het oordeel van de rechter overgelaten (art. 152 lid 2 Rv). Bij die bewijswaardering zal de rechter zich dienen af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van die verklaring afbreuk wordt gedaan door het feit dat hij de persoon die de verklaring heeft afgelegd, niet zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij ook de wederpartij aanwezig heeft kunnen zijn,

en door het feit dat die verklaring niet onder ede is afgelegd. (Vgl. HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, NJ 2004/151)

3.4.2 Art. 163 Rv bepaalt dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen voor zover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Deze bepaling betoet niet dat de rechter een persoon als getuige hoort van wie een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht (vgl. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270), ook niet als die schriftelijke verklaring niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen en bij het getuigenverhoor gebruik wordt gemaakt van die verklaring. De beslissing van het hof om tot een dergelijk verhoor over te gaan gezien de duur van het verhoor van de eerste getuige, het te verwachten tijdsbestek van het horen van de overige getuigen en de instemming van partijen en hun advocaten met het horen van de overige getuigen met gebruikmaking van voordien door de getuigen ondertekende schriftelijke verklaringen, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

3.4.3 Bij de bewijswaardering van een getuigenverklaring die is afgelegd met gebruikmaking van een eerder door dezelfde persoon afgelegde schriftelijke verklaring die niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen, zal de rechter zich dienen af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring afbreuk wordt gedaan door het bestaan en de wijze van totstandkoming van die schriftelijke verklaring. Dat is niet anders doordat de rechter de getuige zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij partijen aanwezig of tegenwoordig konden zijn, en doordat de getuigenverklaring onder ede is afgelegd.

Het hof heeft dit niet miskend. Allereerst heeft het in zijn bewijsoordeel van betekenis geacht dat de met gebruik van een schriftelijke verklaring gehoorde getuigen tijdens het verhoor zijn geconfronteerd met de eerder totstandgekomen schriftelijke verklaring, en dat tijdens het verhoor aan partijen gelegenheid is geboden voor het stellen van vragen en het maken van opmerkingen. Daarnaast heeft het hof uitdrukkelijk overwogen dat het de gevolgde gang van zaken in de bewijswaardering betreft (zie hiervoor in 3.2.4). Zijn bewijsoordeel is ook niet onbegrijpelijk.

3.4.4 Op grond van het voorgaande falen de hiervoor in 3.3 weergegeven klachten.

3.5 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 [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op

deze uitspraak aan de zijde van Waterland c.s. begroot op € 6524,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. Getuigenverhoren kunnen lang duren en moeizaam verlopen. Zeker indien er beëdigde vertalers aan te pas moeten komen. Bij complexe getuigenverhoren hindert de veelal noodzakelijke tussentijdse vastlegging van de verklaringen in het in art. 180 Rv voorschreven proces-verbaal de voortgang. Vaak is het beter om de neiging tot het maken van vlottere of praktische procesafspraken te onderdrukken. Dat geldt niet alleen voor het veelvoorkomende geval waarin rechters partijen verzoeken om de comparitieverklaringen nadien te mogen vastleggen in het proces-verbaal, maar zoals uit deze uitspraak volgt ook ten aanzien van afwijkende afspraken bij getuigenverhoren. Mogelijk resulteert het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) in verbeteringen bij het afnemen van getuigenverhoren.
2. Veelal hoort de vraag of een getuige zich heeft voorbereid en in dat kader ook contact heeft gehad met een van de betrokken advocaten, tot de standaardvragen bij aanvang van het getuigenverhoor. Het is op basis van art. 152 lid 2 Rv aan de rechter om die omstandigheden te wegen in de algehele beoordeling van de bewijskracht van de verklaring. In beginsel geldt daarbij dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat een procespartij een derde verzoekt een schriftelijke verklaring af te leggen en/of een reeds opgestelde verklaring betreffende bepaalde feiten bij juistheid voor akkoord te ondertekenen. Indien de persoon die de verklaring heeft gegeven niet als getuige wordt gehoord, is het aan de rechter om te bepalen in hoeverre dat de betrouwbaarheid van de verklaring aantast. Niet alleen de inhoud van de verklaring, maar ook de wijze waarop deze tot stand is gekomen kan daarbij een rol spelen. Het voorgaande was reeds uitgemaakt in de uitspraak van de Hoge Raad van 19 december 2003 (NJ 2004/151). In de onderhavige uitspraak maakt de Hoge Raad duidelijk dat art. 163 Rv niet belet dat een rechter een persoon als getuige hoort van wie een schriftelijke verklaring is ingediend, ongeacht of die schriftelijke verklaring niet in tegenwoordigheid van partijen tot stand is gekomen of bij het getuigenverhoor gebruik wordt gemaakt van die verklaring. Het is telkens aan de rechter om met die omstandigheden rekening te houden bij het beoordelen van de waarde en betrouwbaarheid van de getuigenverklaring.
3. Het oordeel van de Hoge Raad is begrijpelijk. Eiser was akkoord met de vereenvoudigde getuigenverhoren. Naast de getuigenverklaringen waarvan Eiser de bewijswaardering ter discussie heeft gesteld, bestond ander bewijs, zoals de getuigenverklaring van Eiser en niet-partijgetuigen en schriftelijk bewijs. Het hof heeft zich rekenschap gegeven van de wijze waarop de desbetreffende getuigenverhoren zijn afgenomen bij de bewijswaardering. En die bewijswaardering is veelal van feitelijke aard.
4. Vermoedelijk heeft de partijafpraak over de vereenvoudigde getuigenverhoren zekere voorbereiding en afstemming van de schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen in de hand gewerkt en was het beter geweest daar met duidelijke voorwaarden op te anticiperen. Desondanks bood de procedure voldoende waarborgen, zoals terecht door mr. E.M. Wesseling-van Gent is opgemerkt onder nummer 2.8 van de conclusie bij de uitspraak.
5. Als het in een procedure aankomt op een uitspraak over bewijswaardering, op basis van getuigenverklaringen vastgelegd in een proces-verbaal, blijft die exacte waardering vaak lastig toetsbaar. Dat komt door het karakter van het proces-verbaal. De wetgever heeft destijds bewust gekozen voor het opmaken van

- een proces-verbaal van een getuigenverhoor in plaats van vastlegging van getuigenverklaringen met een bandopnameapparaat of andere moderne middelen. Het gebruik van dergelijke alternatieve methoden werd dubieus geacht en de bondige formulering van het proces-verbaal zou de rechter dwingen zich rekenschap te geven of hij op alle wezenlijke punten van de getuige een zo duidelijk mogelijk antwoord heeft gekregen (*Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 280). Met het door de rechter (laten) vastleggen van de getuigenverklaring is echter ook (de schijn van) een subjectief element gemoeid, omdat niet alles wat wordt gezegd wordt vastgelegd en de vastlegging veelal niet woordelijk geschiedt (zie ook mr. C.E. Drion, 'Het civiele getuigenverhoor', *NJB* 2007-38). Dit geldt natuurlijk ook voor het vastleggen van comparitieverklaringen in een proces-verbaal. Dergelijke vastlegging van verklaringen is voor veel buitenlandse advocaten onbegrijpelijk. Dat geldt overigens ook voor de opstelling waarin het getuigenverhoor plaatsvindt, waarbij de getuige is gezeten tegenover de rechter en aan de rechter antwoord geeft op de gestelde vragen, zodat het voor partijen en advocaten niet goed mogelijk is om in te spelen op de houding en mimiek van de ondervraagde getuige.
6. Mede in verband met de technologische ontwikkelingen en de toename aan complexe procedures in Nederland, bijvoorbeeld door de oprichting van het Netherlands Commercial Court, verdient het de voorkeur om getuigenverklaringen (en comparities) volledig op te nemen, waarbij de getuigen, de procespartijen en de rechter in beeld zijn. Verder is het aan te bevelen dat de getuige een plek krijgt in de zittingszaal die de betrokken advocaten ook in staat stelt om bij de ondervraging in te spelen op de houding en mimiek van de getuige.
 7. Een eerste stap wordt mogelijk gezet bij de uitvoering van het programma KEI. In het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (*Kamerstukken I*, 34059, A) is in art. 30n lid 7 en lid 8 nieuw Rv bepaald dat de rechter kan bepalen dat het proces-verbaal als bedoeld in art. 180 lid 1 Rv, art. 198 lid 5 Rv en art. 201 lid 1 Rv wordt vervangen door een door of namens hem gemaakte beeld- of geluidsopname en dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de toepassing van beeld- en geluidsopnames. Uit de toevoeging in het hiervoor bedoelde lid 7 dat in dergelijk geval de hogerberoepsrechter of de Hoge Raad alsnog kunnen verzoeken een schriftelijk verbaal op te stellen, volgt dat het gaat om een vervangend alternatief. Dat volgt ook uit de Nota van Wijzigingen van 9 april 2015 (34059), waarbij ten aanzien van art. 30n lid 7 het volgende is opgenomen: "Overigens kan er daarnaast nog steeds een beeld- of geluidsopname gemaakt worden van de hele zitting, maar die kan niet gelden als proces-verbaal. Die integrale opname biedt alle betrokkenen een weergave van de zitting waar ze altijd op kunnen terugvallen indien er verschil van mening bestaat over hetgeen daar is voorgevallen. Die opname wordt opgenomen in het digitale dossier (...). Zowel voor die integrale opname als voor de opname die het proces-verbaal vervangt geldt dat, als een partij zich erop beroept, hij (...) moet aangeven op welk onderdeel van de opname hij zich beroept". Hieruit volgt ook dat de rechter kan besluiten om de gehele zitting op te nemen.
 8. Overigens wordt in het nieuwe wetsvoorstel in art. 30k lid 2 nieuw Rv ervan uitgegaan dat getuigen en deskundigen ook tijdens de comparitie van partijen, met voorafgaande toestemming van de rechter, kunnen worden gehoord. Dit zou een efficiëntieslag opleveren. Ik meen dat wel rekening zou moeten worden gehouden met het bepaalde in art. 179 lid 1 Rv en dat het onverstandig is om getuigen deel te laten nemen aan de zitting voordat wordt besloten of zij worden gehoord. De

getuige zou alleen gedurende zijn eigen getuigenverhoor in de zittingszaal aanwezig moeten zijn, behoudens partij-getuigen.

9. De procespraktijk zal uitwijzen of de bewijswaardering van getuigenverklaringen en comparatieverklaringen beter toetsbaar wordt door het voorhanden hebben van volledige beeld- en geluidsopnamen.

10. De nieuwe mogelijkheden laten onverlet dat getuigenverhoren nog steeds lang kunnen duren en moeizaam kunnen verlopen. Dat hoort nu eenmaal bij de procespraktijk en het maken van vlottere en pragmatische afspraken over getuigenverhoren zijn in beginsel af te raden.

M. Teekens

TeekensKarstens advocaten notarissen

36

Hoge Raad

6 januari 2017, nr. 15/03095

ECLI:NL:HR:2017:19

ECLI:NL:PHR:2016:987

(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(concl. A-G mr. De Bock)

Noot G.G. Boeve

Vaststellingsovereenkomst. Strijd met dwingend recht. CAO-recht.

Er is geen grond het voorschrift van art. 7:902 BW te beperken tot het geval van beëindiging van een geschil en daaronder niet mede te begrijpen het geval van beëindiging van onzekerheid in meer algemene zin. Ongeldigheid van de beslissing krachtens vaststellingsovereenkomst en nietigheid van de vaststellingsovereenkomst.

[BW art. 7:900, 7:902]

Blue Taxi heeft chauffeurs krachtens arbeidsovereenkomst in dienst gehad. Blue Taxi valt onder de CAO Taxivervoer en de CAO SFT. SFT heeft de taak toe te zien op de correcte naleving van de CAO Taxivervoer. SFT heeft Blue Taxi aangesproken omdat zij de pauzeregeling opgenomen in de CAO Taxivervoer niet correct zou hebben uitgevoerd. De chauffeurs hebben vervolgens ieder een vaststellingsovereenkomst met Blue Taxi gesloten, waarin wordt vastgesteld dat de chauffeurs afstand doen van hun eventuele (loon)vordering waarop zij ingevolge de CAO Taxivervoer over het verleden aanspraak zouden kunnen maken jegens Blue TAXI vanwege (eventuele) onjuiste toepassing van de pauzeregeling door Blue TAXI. SFT heeft Blue Taxi gedagvaard en onder meer gevorderd Blue Taxi te veroordelen tot naleving van de cao's. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. De kantonrechter overwoog daartoe, kort weergegeven, dat ook als juist is dat Blue Taxi de pauzeregeling van de CAO Taxivervoer niet correct heeft nageleefd, de door SFT ter zake ingestelde vorderingen zijn achterhaald door de door Blue Taxi met de chauffeurs aangegane vaststellingsovereenkomsten. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de kantonrechter vernietigd en Blue Taxi veroordeeld tot naleving van de cao's. Het beroep in cassatie slaagt niet, omdat SFT een zelfstandig vorderingsrecht op Blue Taxi heeft. Omtrent de vaststellingsovereenkomst overweegt de Hoge Raad ten overvloede: er is geen grond het voorschrift van art. 7:902 BW te beperken tot

het geval van beëindiging van een geschil en daaronder niet mede te begrijpen het geval van beëindiging van onzekerheid in meer algemene zin. De wetgever heeft met art. 7:902 BW slechts beoogd de mogelijkheid te aanvaarden van een vaststelling die in haar resultaat in strijd komt met dwingend recht, indien zij strekt tot beëindiging van een bestaande onzekerheid of van een bestaand geschil, maar niet indien zij strekt tot voorkoming van een (toekomstige) onzekerheid of van een (toekomstig) geschil. Het tegendeel kan ook niet worden afgeleid uit HR 9 januari 2015, NJ 2015/156 (C./Heesen).

[eiser],

handelend onder de naam Blue Taxi,

wonende te [woonplaats],

eiser tot cassatie,

advocaat: mr. M.E. Bruning,

tegen

de stichting Stichting Sociaal Fonds Taxi,

gevestigd te Culemborg,

verweerster in cassatie,

advocaten: mr. D.M. de Knijff en mr. M.S. van der Keur.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Blue Taxi en SFT.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten

Het hof heeft in zijn arrest van 17 maart 2015 de volgende feiten vastgesteld (rov. 2.1 tot en met 2.12).

1.1 De CAO Taxivervoer 2009-2013 is bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 mei 2010 algemeen verbindend verklaard voor de periode van 22 mei 2010 tot en met 21 mei 2012.¹ In die CAO is onder meer het volgende bepaald:

“1.3 Definities (...)

p. Standplaats

De plek waar het bedrijf is gevestigd en waar de werknemer zijn dienst aanvangt en beëindigt. (...)

2.1 Arbeidstijd rijdend personeel

2.1.2 Arbeidstijd en Diensttijd

Arbeidstijd

Arbeidstijd is de tijd tussen het tijdstip waarop de dienst aanvangt en het tijdstip waarop de dienst eindigt, na aftrek van de werkelijk genoten pauzes en na aftrek van de tijdvakken waarin de werknemer, in overeenstemming met de werkgever, niet ter beschikking/of op afroep beschikbaar staat.

Diensttijd

De tijd gelegen tussen het tijdstip waarop de dienst aanvangt en het tijdstip waarop de dienst eindigt, begrensd door de wettelijk onafgebroken rust.

(...)

2.1.4 Pauze

A. Pauze is een tijdsruimte waarmee de arbeid tijdens de dienst wordt onderbroken en de werknemer geen enkele verplichting heeft ten aanzien van zijn werk.

B. Indien de werknemer buiten standplaats langdurig moet wachten, kan van hem worden verlangd dat hij een pauze opneemt. De pauze buiten standplaats kan niet eerder aanvangen dan 3 uur na het begin van zijn dienstdag. De duur van deze pauze bedraagt, bij een dienstdag tussen 4,5 uur en 10,5 uur, in geen geval meer dan een half uur, en bestaat uit 1 aaneengeslo-

¹ Zie prod. 1 bij conclusie van antwoord.