

Anticiperen op cassatie

Door al in feitelijke instantie rekening te houden met de cassatietoets, kan de advocaat de cassatiekansen voor zijn cliënt maximaliseren. Dit artikel tracht daartoe een praktische handreiking te bieden.



Philip Fruytier

In het zowel vermakelijke als verbazingwekkende *De Hoge Raad van Onderen*² onderzoekt oud-hoogleraar rechtssociologie Freek Bruinsma met zijn studenten hoe procespartijen van bekende civiele arresten de procedure zelf hebben ervaren. Zo interviewt hij Boer Swinkels uit *Bardoel/Swinkels*.³ Een ziek varken was van zijn erf overgelopen naar buurman Bardoel en had daar diens veestapel aangestoken. Bardoel vorderde schadevergoeding op grond van risicoaanprakelijkheid voor dieren (art. 1404 BW oud). De Hoge Raad oordeelde – samengevat – dat die aansprakelijkheid zich kon uitstrekken tot deze besmettingsschade als Swinkels dat besmettingsgevaar kende of had behoren te kennen. Daar kon volgens de Hoge Raad in cassatie niet vanuit worden gegaan.⁴

Aan Bruinsma bekend Swinkels echter bij lezing van het arrest al snel: ‘Zeggen ze hier dat ik niet wist dat mijn varkens ziek waren? Nou dat klopt niet hoor. Hoe mijn varkens het gekregen hebben, weet niemand, maar ik heb het direct gemeld bij het Centraal Diergeneeskundig Instituut. Twee dierenartsen van het CDI hebben allerlei proefjes gedaan, maar ze konden niet vinden wat het precies was en waar het vandaan kwam. Ik heb zelf ook voor zo’n 80.000 euro schade geleden.’⁵

Zo’n schisma tussen de feitelijke en de juridische werkelijkheid is de cassatieadvocaat niet onbekend. Wie bijvoorbeeld in feitelijke instanties zijn vordering slechts op een beperkt aantal gronden insteekt of bepaalde feiten niet

voldoende stelt of bestrijdt, zit daar in cassatie aan vast. Aan een negatief cassatieadvies ligt niet zelden mede dat manco ten grondslag. Door al in feitelijke instantie rekening te houden met de cassatietoets, kan de advocaat de cassatiekansen voor zijn cliënt maximaliseren. Dit artikel tracht daartoe een praktische handreiking te bieden.

Waarop moet worden gelet, vloeit in de kern voort uit de beperkte cassatiegronden van art. 79 RO: (i) schending van het recht en/of (ii) schending van vormen die met nietigheid zijn bedreigd. Deze laatste categorie ziet met name op gevallen van onvoldoende motivering. De gronden maken de verhouding tussen de lagere rechters en de Hoge Raad duidelijk: de lagere (feiten)rechters treden op als geschillenbeslechter, de Hoge Raad is slechts hun controleur. Hoe partijen voor de feitenrechters hebben geprocedeerd, is daarom van grote invloed op de cassatiekansen. De proces tactiek van partijen bepaalt immers waarover de feitenrechter moet oordelen en wat de Hoge Raad dus moet controleren.

1 Philip Fruytier is advocaat (bij de Hoge Raad) bij Houthoff Buruma.

2 F.J. Bruinsma, *De Hoge Raad van Onderen*, Deventer: Kluwer 2010.

3 HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4766, NJ 1984, 415 (*Bardoel/Swinkels*). Zie F.J. Bruinsma, *De Hoge Raad van Onderen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 112–117.

4 De rechtbank had geoordeeld dat die wetenschap niet van belang was en in hoger beroep had Swin-

kels die wetenschap niet aan de orde gesteld. Deze overweging is naar mijn smaak overigens nogal flauw als er in eerste aanleg wel debat is geweest over die wetenschap. Als die wetenschap in de onjuist blijvende rechtsopvatting van de rechtbank niet van belang is, zal het hof de op die wetenschap betrekking hebbende stellingen uit eerste aanleg bij zijn oordeel moeten betrekken. Dat volgt uit de hierna in § 3.3 nog aan de orde komende devolutieve werking van het hoger beroep.

5 F.J. Bruinsma, *De Hoge Raad van Onderen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 113.

Onder 2 komt het verschil tussen rechts-, feitelijke en gemengde oordelen aan de orde, waarna onder 3 aan de hand daarvan wordt beschreven met welke aspecten in feitelijke instanties vooral rekening moet worden gehouden. De conclusie vat het anticiperen op cassatie ten slotte in tien hoofdregels samen.

2 Oordelen

Vanuit cassatietechnisch oogpunt moeten oordelen in drie categorieën worden onderverdeeld: (zuivere) rechts-, feitelijke en gemengde oordelen. Deze categorieën bepalen in de eerste plaats waarover in cassatie nog kan worden geklaagd.

Rechtsoordelen

Voor zover het geschil de uitleg van het recht betreft, kan dat ten volle aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Zo is de in *Bardoel/Swinkels* voorliggende vraag of art. 1404 BW (oud) ook ziet op besmettingsschade een zuivere rechtsvraag: de beoordeling hangt niet samen met weging of waardering van de concrete omstandigheden van het geval. Om daarover in cassatie te kunnen debatteren, moet het geschil in feitelijke instanties wel zo'n rechtsvraag hebben omvat. Zo kan de Hoge Raad alleen oordelen over (het voorgelegde aspect van) de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren als daarop voor de feitenrechter al een voldoende onderbouwd beroep is gedaan. Die procestactische aspecten staan onder 3.

Feitelijke oordelen

Feitelijke oordelen zijn spiegelbeeldig aan rechtsoordelen. De Hoge Raad laat het aan de feitenrechter om vast te stellen óf bepaalde feiten zijn voorgevallen of niet. Ook daarmee samenhangende oordelen laat de Hoge Raad aan de feitenrechter: bijvoorbeeld welke getuigen geloofd worden of welke conclusies uit overgelegde brieven, e-mails, rapporten

enzovoort kunnen worden getrokken.⁶ Dergelijke oordelen laten zich vrijwel nooit met succes bestrijden. Slechts als er daadwerkelijk geen touw aan vast te knopen is, kan de Hoge Raad ingrijpen met de overweging dat 's hofs oordeel 'onbegrijpelijk' is.

Wel gelden soms bijzondere motiverings-eisen. Zo moet de appelrechter die tot een van de rechtbank afwijkende bewijswaardering komt, motiveren waarom hij daartoe komt.⁷ Verder moet de rechter motiveren waarom hij van de conclusies van een door hem benoemde deskundige afwijkt (maar hoeft hij omgekeerd niet te motiveren waarom hij dat deskundigenoordeel volgt).⁸ Over de miskennis van deze regels kan in cassatie worden geklaagd. De concrete motivering bij toepassing van deze regels laat zich in cassatie echter nauwelijks succesvol bestrijden. Het is zinvol de rechter steeds op zulke motiveringsregels te wijzen. Dat dwingt hem ten minste ertoe dat te doen waartoe de motiveringsplicht (mede) dient: goed na te denken waarom hij een bepaald oordeel velt. Expliciete verwijzing naar zo'n regel maakt een klacht over de schending ervan bovendien sterker.

6 De feitenrechter moet wel de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd in acht nemen. Hij mag niet zelfstandig in deskundigenrapporten of de producties gaan zoeken om een andere feitelijke onderbouwing te vinden voor de door partijen ingeroepen vorderingsgrondslagen of verweren. Hij mag zijn feitelijke, binnen de grenzen van de rechtsstrijd gegeven, oordeel wel aan de hand daarvan staven. Zie over dit lastige onderwerp bijvoorbeeld T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002-2, p. 29-37.

7 Aldus Asser/Bakels/Hammerstein & Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 217.

8 Zie bijvoorbeeld HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3148, *RvdW* 2009, 633 (X./Rijnland Ziekenhuis) en HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, *NJ* 2004, 74 (*Nieuw Vredenburg/NHLSM*). Wel zal de rechter moeten ingaan op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door de rechter benoemde deskundige, indien deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze, aldus HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1468, *RvdW* 2013, 673 (X./SZA).

Gemengde oordelen

Naar mijn (verder niet met statistiek gestaafde) inschatting hebben de meeste oordelen een gemengd karakter. Daarbij gaat het om toepassing van rechtsnormen die naar hun aard een waardering en onderlinge weging van de relevante omstandigheden vergen. De omstandighedenwegin bij onrechtmatige gevaarzetting, in de juridische volksmond de 'Kelderluik'-afweging, is hiervan een voorbeeld. De aangelegde norm behelst in die gevallen het rechtsoordeel (wat is de toets en welke omstandigheden zijn daarbij relevant?), terwijl de door de norm vereiste waardering en onderlinge weging feitelijk van aard zijn. Het rechtsoordeel is op zichzelf volledig in cassatie toetsbaar, het feitelijke oordeel laat de Hoge Raad aan de feitenrechter.

Als de feitenrechter de juiste maatstaf heeft aangelegd en er blijk van heeft gegeven de verschillende (aangevoerde) relevante omstandigheden te hebben gewogen, laat de Hoge Raad dit soort oordelen in stand met de overweging dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zijn oordeel voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst.⁹

3 Anticiperen op cassatie

Anticiperen op cassatie vereist in belangrijke mate het inspelen op rechts- en gemengde oordelen. Maar hoe gaat die anticipatie dan precies in zijn werk? Daarvoor is vooral kennis vereist van een aantal (appel- en cassatieprocesrechtelijke) regels. Door daarop tijdens verrichtingen in rechte en tijdens het opstellen van de processtukken te letten, kunnen de cassatiekansen worden gemaximaliseerd.

9 Asser/Korthals-Altes & Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 146.

Vaststelling feitenrechter van

gebeurtenissen ten processe prevaleert

Hiervoor is de 'feitelijke' taak van de rechter als vaststeller van de relevante feiten aan de orde geweest. Zijn feitelijke taak gaat echter verder. Ook de vaststelling van hetgeen ten processe is gebeurd (waaronder dus bij comparitie, getuigenverhoor, pleidooi enzovoort) is feitelijk van aard.¹⁰ Daarover laat zich pas met enige kans op succes klagen, als aan de hand van het proces-verbaal kan worden aangetoond dat echt iets anders is gebeurd dan de rechter heeft vastgesteld.¹¹ Dit rotsvaste geloof in de oplettendheid van de rechter dwingt ertoe te waarborgen dat alle voor de cliënt belangrijke (en voordelige) feiten, verklaringen enzovoort¹² in het proces-verbaal zijn opgenomen en dat eventuele voor de cliënt nadelige gebeurtenissen zo veel als mogelijk buiten het proces-verbaal blijven (toegegeven: dat zal vaak niet lukken, omdat de advocaat van de wederpartij op hetzelfde gespitst is).

Als het verloop van het pleidooi of de comparitie gunstig lijkt te zijn geweest, loont het verder direct het proces-verbaal te vragen. De vraag of er cassatiemogelijkheden zijn, komt namelijk vaak pas maanden, zo niet jaren, na een pleidooi of comparitie op. Als dan pas om een afschrift van het proces-verbaal wordt gevraagd, verstrekken rechtban-

ken en hoven, zo leert de ervaring, één A4'tje met de eenregelige vaststelling: 'Partijen hebben gepleit volgens hun pleitnota.'

Stellingen moeten zijn uitgewerkt en worden enkel in juridische context beoordeeld

Ook de uitleg van processtukken is volgens de Hoge Raad feitelijk van aard.¹³ De feitenrechter bepaalt dus wat de strekking van een bepaalde stelling of verweer is. Het is daarom van belang zo duidelijk mogelijk aan te geven binnen welke juridische context een stelling wordt betrokken. De feitenrechter hoeft een ter uitleg van een overeenkomst betrokken stelling (dat is X nooit zo medegedeeld, dus X hoefde dat niet zo te begrijpen) niet in het kader van bijvoorbeeld een (subsidiar) dwalingsberoep te behandelen. Die verplichting ontstaat pas als die stelling ook duidelijk in die dwalingscontext is betrokken.¹⁴ In hoger beroep dreigt zo'n enkelvoudige context des te sneller, omdat een rechtbankvonnis nog weleens per overweging wordt bestreden. Met name nieuw aangevoerde feiten staan daarmee bloot aan het gevaar slechts te worden beoordeeld in het kader van het thema van de bestreden overweging.¹⁵

Dit gevaar laat zich minimaliseren door éérst het eigen verhaal (voldoende gemotiveerd) uiteen te zetten en pas daarna de verschillende vorderingsgrondslagen of verweren te noemen. Daarbij kan dan expliciet terug worden verwezen naar de daarvoor relevante feiten. In appel kan dezelfde methode worden gehanteerd, waarbij de grieven aan het eind van de memorie worden geformuleerd of (als geïntimeerde) bestreden.¹⁶

Ook de vraag of – in het licht van het partijdebat – een bepaalde stelling of betwisting daarvan voldoende is gemotiveerd, laat de Hoge Raad in vergaande mate aan de feitenrechter. Immers, de eisen die aan een stelling of betwisting daarvan worden gesteld zijn steeds afhankelijk van wat de wederpartij er tegenover stelt. Dat is een feitelijke afweging. Elke stelling of betwisting daarvan moet zo ver als mogelijk (in de juiste context) worden uitgewerkt in het licht van hetgeen daartegenin is gebracht. Dat vereist dat zowel de omstandigheden die voor het ingeroepen rechtsgevolg van belang zijn zo volledig mogelijk worden aangevoerd (bijvoorbeeld: X heeft de overeenkomst zo mogen begrijpen omdat [A], [B] en [C]), alsook dat de juistheid van die gestelde omstandigheden [A], [B] en [C] weer – in het licht van de betwisting daarvan – zo volledig mogelijk wordt onderbouwd. Op het zinnenetje 'al hetgeen eiser stelt wordt betwist', hoeft de rechter dus geen acht te slaan, net zomin als op rapporten waarvan de inhoud 'als herhaald en ingelast moet worden beschouwd' of waarnaar slechts ongemotiveerd wordt verwezen.

10 Asser/Korthals-Altes & Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 157.

11 Zie bijvoorbeeld HR 2 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9898, NJ 2012, 157 (X/Y) en HR 16 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:A01941, NJ 2004, 425 (*Laurus/Eiting*). Als het proces-verbaal enig aanknopingspunt biedt dat de vaststelling van het hof correct is, ook al biedt het voor het tegenovergestelde eveneens (of zelfs meer) aanknopingspunten, lijkt zo'n klacht al weinig slagingskansen meer te hebben.

12 Voor zover in hoger beroep feiten na het wisselen van de memorie van grieven en de memorie van antwoord eerst worden gesteld, dient men bedacht te zijn op de 'in beginsel strakke regel' (zie hierna § 3.3). Betwisting van een tardieve stelling kan leiden tot aanvaarding van de rechtsstrijd op dat punt. Betwist de stelling zo nodig wel, maar enkel onder de voorwaarde dat de stelling tijdig is ingenomen. Wijs de rechter eerst op het feit dat de stelling tardief is.

13 Asser/Korthals-Altes & Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015 nr. 157.

14 Zie voor een fraai voorbeeld bijvoorbeeld de conclusie van Huydecoper vóór HR 29 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW1280, NJ 2012, 411 (*Van der Vliet/Berregratte*) onder 27, waarin het ging om een cassatieklacht over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In feitelijke instanties was slechts een beroep gedaan op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zo'n klacht loopt de kans vast te lopen op gebrek aan 'feitelijke grondslag'. Dat wil zeggen: er is eerder niet over gedebatteerd, dus valt het hof niet te verwijten daarover geen oordeel te hebben gegeven.

15 Op grond van de (positieve zijde van de) devolutieve werking moet de appelrechter in eerste aanleg betrokken stellingen – voor zover zij binnen de door de grieven ontsloten rechtsstrijd vallen – alsnog onderzoeken. Die regel werkt over het algemeen slechts in het voordeel van de geïntimeerde. De appellant bepaalt immers met zijn grieven waarover het in hoger beroep nog gaat. Het hof moet vervolgens met inachtneming van de door de geïntimeerde in eerste aanleg (en hoger beroep) gevoerde verweren onderzoeken of die grieven slagen en of de vorderingen (alsnog)

moeten worden toe- of afgewezen. Ga dus steeds na of de in eerste aanleg ingenomen stellingen op grond van de devolutieve werking in hoger beroep weer een rol gaan spelen en of zij in de juiste context zijn gesteld. De regel dat beoordeling van stellingen plaatsvindt binnen de daaraan door de procespartij gegeven juridische context geldt *a fortiori* voor stellingen uit de eerste aanleg.

16 Vgl. Asser/Bakels/Hammerstein & Wesseling-van Gent, *Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 5.

De in beginsel strakke regel en de devolutieve werking

Met name twee appelprocesrechtelijke regels maken anticiperen op cassatie nog iets complexer. Ten eerste vereist de 'in beginsel strakke regel' als uitgangspunt dat partijen alle stellingen in appel bij de eerste memorie (van grieven of antwoord) moeten betrekken. Later betrokken stellingen, aangevoerde feiten of eiswijzigingen zijn als uitgangspunt tardief.¹⁷ De appellant moet dus bij grieven al anticiperen op eventuele door de wederpartij bij antwoord te voeren verweren.¹⁸ In strijd met de natuurlijke advocatenneiging om sluipend langs slapende honden te gaan, zal de appellant zich dus bijvoorbeeld bij grieven al moeten voorbereiden op een eventueel verjaringsberoep. Wie de wederpartij niet direct op dat spoor wil zetten, kan de stuiting daarvan bij grieven enigszins verhuuld brengen: 'X heeft Y bij brief van 15 juli 2007 aansprakelijk gesteld voor (...)'.¹⁹

Volgens de Hoge Raad mogen eerder ingenomen stellingen of gestelde feiten later wel worden gepreciseerd. Dat gebeurde in *Beeldbrigade/Hulskamp*.²⁰ Beeldbrigade stelde tijdens de eerste memorieronde dat zij haar vordering jegens Hulskamp 'eind 2005' had gestuit. Bij pleidooi verduidelijkte zij het ging om 1 december 2005. Dat was volgens de Hoge Raad slechts een precisering. Deze regel biedt ruimte de hiervoor besproken 15 juli-brief nog bij pleidooi als (tijdig) beroep op stuiting te presenteren. De grens tussen een precisering en nieuwe grief is echter dun. Wie twijfelt, kan een duidelijke stuiting maar beter direct expliciet inroepen.²¹

De (positieve zijde van de) devolutieve werking compliceert de appelprocedure nog verder. Klassiek is de situatie dat de onrechtmatige daadsvordering in eerste aanleg is toegewezen, waarna de wanprestatievordering niet meer aan de orde is gekomen (of is afgewezen). Slagen de grieven tegen het onrechtmatige daadsoordeel, dan moet het hof zich ten volle buigen over het door partijen gevoerde wanprestatiEDEBAT. De appellant moet zijn soms broodnodige aanvullende verweer tegen die wanprestatiegrondslag al bij grieven volledig uitwerken.

Geïntimeerden hebben soms, gesterkt door de smaak van de overwinning, de neiging in appel achterover te gaan zitten. Ook zij kunnen door de devolutieve werking echter voor verrassingen komen te staan. Stel, de appellant heeft in eerste aanleg uitvoerig betoogd dat voornoemde wanprestatievordering is verjaard of dat de overeenkomst nietig is. Als zijn grief tegen de toegewezen onrechtmatige daadsvordering slaagt, zal de appelrechter bij de beoordeling van de wanprestatiegrondslag rekening moeten houden met dat verjarings- of nietigheidsberoep. Daarop moet geïntimeerde anticiperen.

Bewijsaanbod in hoger beroep

Ten slotte is het bewijsaanbod in appel een belangrijk aandachtspunt. Allereerst geldt het bewijsaanbod – anders dan soms wordt gedacht – alleen voor het *getuigenbewijs*. Al het andere bewijs moet door partijen direct worden geproduceerd.²² Juist omdat getuigen zich niet als productie laten overleggen, kent art. 166 Rv een ruime regeling voor het toelaten tot het horen van getuigen.

De Hoge Raad stelt aan het bewijsaanbod in appel echter strengere eisen dan in eerste aanleg. De partij die in appel bewijs aanbiedt van feiten waarvan zij de bewijslast draagt, moet voldoende concreet duidelijk maken op welke van haar stellingen het bewijs precies betrekking heeft en, voor zover mogelijk, welke getuigen daarover kunnen verklaren (maar niet: wat zij kunnen verklaren).²³ Deze eis geldt niet als het aanbod ziet op het leveren van tegenbewijs: het ontkrachten van de stellingen

17 Zie bijvoorbeeld HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR2015:1224, RvdW 2015, 643 (B./E.), en HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, NJ 2010, 154 (*Wertenbroek/Van den Heuvel*) en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*). Deze regel lijdt uitzondering (i) bij onduidelijke toestemming van de wederpartij, (ii) indien onverkorte toepassing in strijd zou komen met de eisen van de goede procesorde en (iii) wegens de bijzondere aard van de procedure.

18 Overigens mag de appellant natuurlijk nog wel bij memorie reageren op in het incidenteel hoger beroep door de geïntimeerde betrokken (nieuwe) stellingen: HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6699, RvdW 2013, 254 (A./LTO).

19 Aardig is nog dat het Franse Cour de Cassation zo'n temporele beperking (mede om dit toch wat wonderlijke gevolg te voorkomen?) niet accepteert: Cour de Cassation, Avis van 21 januari 2013, nr. 1300005, ECLI:FR:CCASS:2013:AV00005. Overigens zijn tal van situaties denkbaar waarin deze regel naar mijn mening veel te streng uitwerkt. Stel bijvoorbeeld dat appellant inderdaad stelt dat de aansprakelijkstelling van 15 juli 2007 dateert. Vervolgens stelt de geïntimeerde eerst bij memorie van antwoord uitvoerig dat appellant al vóór 15 juli 2002 bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon en de vordering daarom op de voet van art. 3:310 lid 1 BW al eerder dan 15 juli 2007 was verjaard. Zou de in beginsel strakke regel ook op zo'n situatie zien, dan zou de appellant ook steeds uiteen moeten zetten dat hij niet eerder met de schade en daarvoor aansprakelijke persoon bekend was. Er zijn uiteraard vele anderen voorbeelden denkbaar. Mijns inziens leidt zo'n strikte toepas-

sing van de regel tot veelal zinledige onderdelen in de memorie van grieven, omdat de geïntimeerde uiteindelijk dat verjaringsberoep achterwege laat. Is de goede procesorde er dan eigenlijk niet meer bij geholpen als het hof de appellant eenvoudiger nog een reactiemogelijkheid biedt indien zo'n verjaringsberoep plots de kop opsteekt in plaats van hem met mogelijkodeloos werk op te zadelen? Het hof heeft in elk geval wel die bevoegdheid (maar dus niet de plicht): vgl. HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994, NJ 2012, 405 (*Van den Hoek/Pots*).

20 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012, 293 (*Beeldbrigade/Hulskamp*).

21 Veel gevaar levert dat trouwens ook niet op. Het inroepen van een geheide stuiting, neemt voor de wederpartij immers de zin weg de verjaring nog in te roepen. Pas als de stuiting twijfelachtig is, doemt een probleem op. In dat geval zit er niets anders op dan een afweging te maken tussen enerzijds de wederpartij op het spoor te zetten van de verjaring en anderzijds de mogelijkheid dat de rechter de na eerste memorie ingeroepen stuiting tardief vindt.

22 Zie bijvoorbeeld HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012, 174 (X/Y). Daarin heeft de Hoge Raad beslist dat die regel ook geldt voor overlegging van confraternele correspondentie. Als partijen die correspondentie willen overleggen, moeten de advocaten dus tijdig – zo met overlegging niet wordt ingestemd – voor (positief) advies van de deken zorgdragen (zie art. 12 van de gedragsregels 1992).

23 Zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:3075, NJ 2010/485 (*Feijen/Stienen Beheer*) en HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07817, NJ 2005, 270 (OZ/Roozen).

van de bewijslastdrager. In dat geval is als uitgangspunt een algemeen bewijsaanbod voldoende. Als er in eerste aanleg echter al getuigen (al dan niet schriftelijk) hebben verklaard, moet in beide gevallen worden vermeld waarom deze getuigen nogmaals gehoord moeten worden.²⁴

Men kan in appel dus niet vertrouwen op het vaak summiere bewijsaanbod dat is opgenomen in de meeste modellen. Steeds is een analyse van de bewijslastverdeling ver-

eist. Blijkt de bewijslast op de eigen cliënt te rusten, dan moet specifiek bewijs worden aangeboden. Mijns inziens is een opsomming van de ten bewijze aangeboden stellingen in een apart hoofdstuk 'bewijsaanbod' het overzichtelijkst. Men kan er ook voor kiezen bij elke betrokken stelling een bewijsaanbod te doen. Dat levert (vooral bij omvangrijke processtukken) voor de rechter (en cassatieadvocaat) wel een langdurige zoektocht op. Som desnoods de stellingen aan het eind van de memorie onder 'bewijsaanbod' nog eens op. <<

²⁴ Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6496, NJ 2012, 97 (Willemsen/Bakker) en HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7677, NJ 2005, 268 (T. Import-Export/Nationale-Nederlanden).

CONCLUSIE

Anticipatie op cassatie laat zich in abstracto grofweg in tien regels samenvatten:

- | | | | |
|-------|--|--------|--|
| (i) | Doe steeds op alle relevante rechtsgronden expliciet een beroep; vertrouw niet te veel op aanvulling daarvan door de rechter. | | betrokken stellingen in hoger beroep weer aan de orde (kunnen) komen en anticipeer daarop. |
| (ii) | Zorg bij de structurering van het (appel)processtuk dat de aangevoerde feiten en betrokken stellingen steeds in de context van elk van de ingeroepen rechtsgronden terugkomen. | (vi) | Anticipeer in hoger beroep (indien mogelijk wat verdekt, maar niet te vaag) op eventuele (nieuwe) verweren van de wederpartij. |
| (iii) | Werk zowel de voor de ingeroepen rechtsregel relevante omstandigheden alsmede het bewijs van de juistheid van die omstandigheden (voor zover betwist) zo ver mogelijk uit. | (vii) | Na de eerste memorie betrokken nieuwe stellingen zijn in beginsel tardief; wijs de rechter daarop en reageer slechts onder de voorwaarde van tijdigheid. |
| (iv) | Betrek in hoger beroep alle (nieuwe) stellingen direct in het eerste processtuk. | (viii) | Ga na op wie de bewijslast rust en specificeer, indien de bewijslast op de cliënt rust, in hoger beroep het bewijsaanbod. |
| (v) | Analyseer welke in eerste aanleg | (ix) | Zorg ervoor dat processen-verbaal op cruciale punten geen twijfel laten over de gebeurtenissen. |
| | | (x) | Wijs de rechter op specifieke motiveringsregels. |