

Hoe zat het ook alweer met... koerswijziging?

De rechter kan nieuwe stellingen van feitelijke aard soms passeren omdat er sprake is van een gedekt verweer (zie *Advocatenblad* 2001-7), omdat ze te laat in het geding naar voren werden gebracht maar ook omdat ze een onaanvaardbare koerswijziging vormen.

Willem Heemskerck
redactielid

Uit welk vaatje de rechter kan tappen om een verweer zonder feitelijk onderzoek ter zijde te stellen, is vaak onduidelijk

'Koerswijziging' is een begrip dat in de scheepvaart en in valutaverband voldoende bekend is, maar in ons burgerlijk procesrecht wat minder. Met koerswijziging wordt in het gemeen bedoeld op een gewijzigde standpuntbepaling van een van de partijen, die als zij strijdt met de goede procesorde een *onaanvaardbare* koerswijziging is en daarom door de rechter zonder feitelijk onderzoek buiten beschouwing kan worden gelaten. Omdat de rechter nieuwe stellingen van feitelijke aard (soms) óók kan passeren omdat sprake is van een gedekt verweer,¹ of in verband met *tardiviteit* (waarover hierna meer), zijn aan de jurisprudentie van de Hoge Raad niet veel voorbeelden van koerswijziging te ontlenen. Twee verdienen er evenwel bespreking.

In de eerste (verzekerings)zaak ging het tegen de achtergrond van art. 251 K om de vraag of de bedrijfsadviseur van P. BV die namens en ten behoeve van deze vennootschap met Nationale-Nederlanden een verzekeringsovereenkomst had gesloten, melding diende te maken van het strafrechtelijk verleden van bestuurder L.. De rechtbank beantwoordde die vraag ontkennend, onder meer omdat ook Nationale-Nederlanden L. niet als beleidsbepaler bij P. BV zag, maar als 'stroman'. In hoger beroep voerde Nationale-Nederlanden als nieuwe grondslag voor haar beroep op art. 251 K aan dat P. BV eveneens had behoren te vermelden dat L. qua invloed op het beleid niet méér dan een stroman was. Bij memorie van antwoord in incidenteel appèl betoogde zij aan de hand van krantenberichten echter dat P. BV een dekmantel van L. was om

opbrengsten van criminele activiteiten te legaliseren en dat L. bij P. BV de man achter de schermen is. De Hoge Raad oordeelde dat het hof die feitelijke stelling – indien al voldoende onderbouwd en uitgewerkt – zonder meer buiten beschouwing mocht laten omdat er ten opzichte van het eerder door Nationale-Nederlanden in hoger beroep aangevoerde standpunt sprake was van een radicale koerswijziging.²

In de tweede zaak ging het om een ontslagkwestie, waarin (voormalig) werknemer Huijbregts zijn werkgever Postbank in rechte had betrokken en nietigverklaring van het ontslag en doorbetaling van loon vorderde. De Postbank voerde daarop bij antwoord aan dat als gevolg van een fusie de rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst op de NMB waren overgegaan, maar dat zij het inleidend verzoekschrift niettemin zou lezen alsof daarin als gerekteerde de NMB Postbank Groep NV werd vermeld. Na afwijzing van de vordering door de kantonrechter voerde de Postbank in hoger beroep echter aan dat Huijbregts niet-ontvankelijk diende te worden verklaard. De rechtbank en Hoge Raad³ vonden dat een onaanvaardbare koerswijziging.

Onder omstandigheden kan de rechter nieuwe feitelijke stellingen in verband met dezelfde goede procesorde ook buiten beschouwing laten als zij onaanvaardbaar laat in het geding naar voren worden gebracht.⁴ Daarbij laat de Hoge Raad de waardering van wat in het zich voordoende geval een goede

1 Zie mijn bijdrage in *Advocatenblad* 2001, nr. 7, p. 271.
2 HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 637 (MMM onder 639), r.o. 3.7.
3 HR 13 november 1998, *NJ* 1999, 173, r.o. 3.3, in vervolg op HR 16 december 1994, *NJ* 1995, 303 (HER).
4 Zie HR 27 juni 1980, *NJ* 1980, 635; HR 11 april 1986, *NJ* 1987, 433 (WHH), r.o. 3.14; HR 13 juni 1986, *NJ* 1987 (JCS), r.o. 3; HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 84 (HJS), r.o. 3.3; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 671, r.o. 3.3; HR 18 september 1993, *NJ* 1993, 48 (HER), r.o. 3.2; HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 104, r.o. 3.3.2.

procesorde meebrengt over aan de feitenrechter, zodat die in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst.⁵

Los daarvan mag de rechter zeer laat – bijvoorbeeld voor het eerst bij pleidooi in appèl – naar voren gebrachte feiten ook ter zijde laten, als de wederpartij daarop niet voldoende heeft kunnen reageren of als het vaststellen van de juistheid van die feiten nader onderzoek (bewijslevering) zou vergen, waarvoor in de procedure geen plaats meer is.⁶ Het spreekt vanzelf dat de kans dat de rechter feitelijke stellingen op een van deze gronden ter zijde zal laten kleiner is naarmate ze (dan wel hun belang) voor de partij die ze aanvoerde ook eerst recent waren gebleken c.q. niet eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht.

In de beide in de vorige twee alinea's besproken gevallen handelt de partij die *tar-dief* met nieuwe feitelijke stellingen komt in strijd met de goede procesorde, die in het eerste geval bezien wordt tegen de achtergrond van het algemeen belang van een efficiënt verloop van het proces en in het tweede geval (vooral) tegen de achtergrond van de procesuele belangen van de wederpartij.

Als de rechter nieuwe feitelijke stellingen in het laatste processtuk wel aanvaardt, betekent dat overigens nog niet dat die – bij gebreke van tegenspraak – ook als onbetwist mogen gelden. Van een procespartij mag immers niet worden gevergd dat deze een akte ter rolle neemt of pleidooi vraagt uitsluitend om te reageren op door de wederpartij voor het eerst bij memorie van antwoord in appèl in het geding gebrachte stukken, teneinde te voorkomen dat de rechter de inhoud van deze stukken als onweersproken zal beschouwen en van de juistheid daarvan zal uitgaan.⁷ Die regel geldt ook voor de procedure in eerste aanleg met betrekking tot bij dupliek aangevoerde stellingen⁸ en, in beide instanties, uiteraard ook voor eerst bij akte na het laatste reguliere processtuk naar voren gebrachte nieuwe feitelijke stellingen.⁹ De Hoge Raad verlangt zelfs van de appellante in het principaal hoger beroep niet dat hij bij zijn memo-

rie van antwoord in het incidentele hoger beroep op stellingen in de memorie van antwoord in het principaal hoger beroep reageert.¹⁰ Slechts als na het laatste processtuk (toch) een akte wordt genomen, en daarin niet op de nieuwe feitelijke stelling wordt gereageerd, zal deze als onbetwist mogen gelden.¹¹

Naar Snijders in zijn noot onder het arrest Royal Nederland/Campina al opmerkte¹² kan de rechter uit meerdere vaatjes tappen om een in appèl gevoerd verweer zonder feitelijke onderzoek ter zijde te stellen: het leerstuk van de gedekte weren als vorm van afstand van recht, de goede procesorde en ten slotte de rechtsverwerking als toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Uit welk vaatje getapt moet/kan worden en of wellicht uit meerdere vaatjes tegelijk getapt kan worden, is vaak niet duidelijk.¹³

n

5 HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 84 (HJS), r.o. 3.3.

6 Zie bijv. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (CJHB), r.o. 7; HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 228 (Ma), r.o. 6; HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 (PAS), r.o. 3.5; HR 13 mei 1983, *NJ* 1983, 714, r.o. 3.3; HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 801, r.o. 3.2.

7 HR 22 juni 1984, *NJ* 1984, 754, r.o. 3.3; HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 20, r.o. 3.3; HR 10 oktober 1997, *NJ* 1998, 473 (JBMV), r.o. 3.4.

8 HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 379 (DJV).

9 Bijvoorbeeld HR 6 december 1974, *NJ* 1975, 435 (WLH).

10 HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 114, r.o. 3.3; HR 6 oktober 2000, *NJ* 2001, 186, r.o. 3.2.

11 HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 614 (WHH); HR 28 februari 1997, *NJ* 1997, 329, r.o. 3.2.

12 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 709 (HJS), i.h.b. onder 1, 2 en 9.

13 Saillant is in dat verband het arrest-Holtrop/Stevens, waarin de A-G een toets aan de goede procesorde aanlegde en de Hoge Raad – mijns inziens ten onrechte – aan art. 348 Rv: HR 10 maart 1995, *NJ* 1996, 299 (HJS), conclusie onder 14-16 en r.o. 3.2.

(advertentie)

Vuurens en Le Clercq

is een samenwerkingsverband van zes zelfstandige advocaten met een gevarieerde praktijk. Het kantoor is gevestigd in een monumentaal pand, goed bereikbaar gelegen tegen het centrum van Delft. Thans is er ruimte voor uitbreiding van het samenwerkingsverband met twee advocaten. Beide advocaten zullen werken voor eigen rekening en risico. Wij zoeken:

een advocaat /stagiaire

met enige relevante werkervaring. U bent enthousiast en beschikt over teangeest. U heeft een goede schriftelijke en mondelinge uitdrukkingsvaardigheid. Uw belangstelling gaat uit naar de algemene praktijk met nadruk op het vreemdingen- en asielrecht en het sociaal recht.

een advocaat /gevoerde stagiaire

met relevante werkervaring binnen of buiten de advocatuur, pioniersgeest en de ambitie te werken aan een eigen praktijk. Uw interesse gaat met name uit naar het ondernemingsrecht gericht op het midden- en kleinbedrijf, arbeidsrecht, bestuursrecht, milieurecht en ambtenarenrecht.

Voor informatie en uw reactie kunt u zich wenden tot M.F.H. Vuurens-Mulder, Postbus 3108, 2601 DC DELFT, 015/215 29 29