

doelde kort geding kan oordelen dat het belang dat de schuldeiser hierbij heeft, niet tegen de belangen van de schuldenaar opweegt'), alsmede met het feit dat de beslaglegger bij afwijzing van de vordering voor de door het beslag ontstane schade door de beslagene kan worden aangesproken.

Het ligt in de eerste plaats op de weg van degene die opheffing van het conservatoire beslag vordert, met inachtneming van de beperkingen van de kortgedingprocedure, om aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is – waarvoor het afwijzende vonnis in de bodemprocedure niet zonder meer beslissend is – of dat het voortduren van het beslag om andere redenen niet kan worden gerechtvaardigd.

mr. M.A.J.G. Janssen
cassatieadvocaat bij BANNING N.V. en redacteur van dit blad

81

Comparitie na aanbrengen en tegenbewijs

Hoge Raad
17 april 2020, nr. 18/05327, ECLI:NL:HR:2020:726
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Lock)
(Concl. A-G Lückers)
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

Verkrijgende verjaring. Tegenbewijs. Aanbod tot leveren van tegenbewijs. Comparitie.

[BW art. 3:99, 3:105, 3:306]

Essentie: Deze zaak handelt over een schutting en een schuur die beweerdelijk op het terrein van eisers zijn geplaatst. De vraag is of er sprake is van verjaring en of eisers in dat verband tegenbewijs mogen leveren. Ook heeft de Hoge Raad een oordeel geveld over de vraag hoe een comparitie na aanbrengen in appel geduid moet worden.

Samenvatting: Indien een zaak meervoudig wordt beslist, dient een aan de beslissing voorafgaande mondelinge behandeling die mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten, in beginsel plaats te vinden ten overstaan van de drie rechters die de beslissing zullen nemen. Van dit doel is in het algemeen sprake bij een mondelinge behandeling die plaatsvindt in aansluiting op de eerste schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten. Daarnaast kan van dit doel sprake zijn bij een mondelinge behandeling in een andere stand van het geding, maar dat hoeft niet het geval te zijn.

Indien in een meervoudig te beslissen zaak wordt bepaald dat een mondelinge behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van een rechter-commissaris, en die mondelinge behandeling mede tot doel heeft partijen de gelegenheid te geven hun stellingen toe te lichten, zal uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling aan hen moeten worden meegedeeld dat is bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van een rechter-commissaris. Aan partijen dient gelegenheid te worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behande-

ling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Zodanig verzoek zal in beginsel moeten worden ingewilligd en kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden die in de uitspraak moeten worden vermeld.

De hiervoor vermelde regels zijn niet van toepassing indien de mondelinge behandeling ten overstaan van de rechter-commissaris niet mede tot doel heeft dat partijen de gelegenheid krijgen om hun stellingen toe te lichten, maar bijvoorbeeld uitsluitend ertoe strekt om een schikking te beproeven of om inlichtingen in te winnen. Dat is evenwel anders indien een dergelijke mondelinge behandeling in werkelijkheid (ook) wordt benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten. In dat laatste geval zal aan partijen alsnog gelegenheid moeten worden gegeven om een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. De rechter-commissaris kan partijen die gelegenheid al bij de behandeling geven. Partijen kunnen dan desgewenst tijdens de behandeling afstand doen van de mogelijkheid om een nadere mondelinge behandeling ten overstaan van de meervoudige kamer te verzoeken.

Voornoemde regels houden verband met de betekenis van de mondelinge behandeling, waarbij de mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting van wezenlijke invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de rechter. Het uitgangspunt dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling in beginsel behoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient ertoe te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de beslissing.

1. [eiser 1], wonende te [woonplaats],
2. [eiseres 2], wonende te [woonplaats],
eisers tot cassatie,
hierna gezamenlijk: [eisers],
advocaat: R.K. van der Brugge,
tegen
[verweerder], wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: [verweerder],
advocaat: N.C. van Steijn.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Lückers)

Deze zaak betreft een geschil over de erfgrens tussen twee percelen en een schuur die deels over de kadastrale grens heen is gebouwd. Na de comparitie na aanbrengen ten overstaan van een raadsheer-commissaris, heeft de meervoudige kamer van het hof arrest gewezen, zonder (nog) een mondelinge behandeling te houden. In cassatie is de procedure beperkt tot twee procesrechtelijke kwesties: (1) Had het hof moeten mededelen dat partijen konden verzoeken om een mondelinge behandeling ten overstaan van alle raadsheren die in de zaak zouden gaan beslissen, althans de beslissing dat die gelegenheid niet zou worden geboden moeten motiveren in het eindarrest; en (2) Heeft het hof ten onrechte een aanbod tot het leveren van tegenbewijs gepasseerd? Ik meen dat die laatste klacht deels slaagt.

1. Feiten en procesverloop¹

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:

(i) [eisers] is sinds 15 april 2015 eigenaar van het perceel gelegen aan de [a-straat 1] te [woonplaats], perceelnummer [001], hierna: perceel [001]. Perceel [001] grenst aan de achterzijde aan het perceel van [verweerder], gelegen aan de [b-straat 1] te [woonplaats], perceelnummer [002], hierna: perceel [002], en aan het daarnaast gelegen perceel aan de [b-straat 2], perceelnummer [003], hierna: perceel [003].

(ii) [verweerder] is sinds 1999 eigenaar van perceel [002]. In 2001 heeft [verweerder] tussen zijn perceel en perceel [001] een schuur geplaatst. De achterste muur (bezien vanuit het perceel van [verweerder]) van de schuur loopt in het verlengde van de schutting tussen perceel [001] en perceel [003]. Voordat [verweerder] de schuur plaatste stond er ook een schutting tussen perceel [001] en het perceel van [verweerder]. De schutting was in 1979 neergezet door [betrokkene 1], de toenmalige eigenares van perceel [001] (hierna: '[betrokkene 1]') en stond tussen perceel [001] en perceel [003] en het perceel van [verweerder]. Het deel van de schutting tussen perceel [001] en het perceel van [verweerder] is door hem verwijderd om ruimte te maken voor de schuur. Op de veldwerktekening van het Kadaster gehecht aan het in beroep bestreden vonnis loopt de schuur vanaf de (vanuit perceel [003] gezien) meest rechtsgelegen paal (het derde gearceerde blokje van rechts) van de schutting tussen perceel [001] en perceel [003], ter hoogte van punt 0,58 op de kadastrale tekening, in een rechte lijn tot aan de erf grens met perceel [004].

(iii) Bij brief van 10 september 2001 aan [verweerder] is namens [betrokkene 1], de rechtsvoorgangster van [eisers], bezwaar gemaakt tegen de verwijdering van de schutting. In de brief is medegedeeld dat [betrokkene 1] ervan uitgaat dat er binnen afzienbare tijd op exact dezelfde plek een schutting wordt teruggeplaatst. [verweerder] heeft vervolgens de door hem verwijderde delen van de schutting teruggeplaatst, tegen de achtermuur van de schuur.

(iv) Het Kadaster heeft in opdracht van [eisers] onderzoek gedaan naar de erfgrans tussen perceel [001] en perceel [002]. Uit het relaas van bevindingen van het Kadaster, opgemaakt op 10 juni 2015, blijkt dat de schuur van [verweerder] (met overstekend dakbeschot) gedeeltelijk op perceel [001], thans het perceel van [eisers], staat.

(v) [eisers] heeft [verweerder] bij brief van 5 november 2015 onder verwijzing naar het relaas van bevindingen van het Kadaster gesommeerd de schuur vóór 1 maart 2016 van zijn perceel te verwijderen.

1.2. In eerste aanleg heeft [eisers] gevorderd, kort weergegeven, (a) een verklaring voor recht dat de erfgrans tussen de percelen overeenkomt met de kadastrale grens zoals vastgelegd in het voornoemde relaas van bevindingen van het Kadaster; (b) een verklaring voor recht dat de schuur van [verweerder] zich gedeeltelijk op het perceel van [eisers] bevindt; en (c) een veroordeling van [verweerder] om dat gedeelte van de schuur te verwijderen, op straffe van een dwangsom. In reconventie vorderde [verweerder] (a) een verklaring voor recht dat een bestreden strook grond door verjaring zijn eigendom is geworden en (b) veroordeling van [eisers] om mee te werken aan de aanpassing van de eigendomssituatie door

middel van een door de notaris op te stellen akte en de inschrijving van deze in de kadastrale registers.

1.3. De Rechtbank Den Haag heeft in een vonnis² van 12 oktober 2016 de vorderingen van [eisers] in conventie afgewezen en de vorderingen van [verweerder] in reconventie toegewezen.

1.4. [eisers] heeft bij exploit van 21 december 2016 hoger beroep ingesteld en in diens memorie van grieven zijn eis vermeerdert met een vordering tot veroordeling van [verweerder] in de reële proceskosten en tot betaling van de kosten van een deskundigenrapport en het kadastrerapport van in totaal € 1.357,13. [verweerder] heeft verweer gevoerd.

1.5. Bij tussenarrest³ van 7 februari 2017 heeft het Gerechtshof Den Haag een comparitie na aanbrengen gelast, met als doel het inwinnen van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling, waarbij voorts is gewezen op de mogelijkheden van mediation en toepassing van het Second Opinion Reglement. Het hof heeft bevolen dat partijen zullen verschijnen voor raadsheer-commissaris mr. P. Glazener op 17 maart 2017. Het tussenarrest is gewezen door mrs. P. Glazener, E.M. Dousma-Valk en M.E. Honée. Het eindarrest is gewezen door mrs. P. Glazener, E.M. Dousma-Valk en M.P.J. Ruijpers. Het tussenarrest luidt, voor zover in cassatie van belang:

'Het hof ziet aanleiding om een comparitie van partijen te gelasten. Het doel is het inwinnen van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling. De comparitie kan ook worden benut om de mogelijkheden van mediation te bezien. Indien geen regeling tot stand komt en de zaak niet naar mediation wordt verwezen, zal de zaak in beginsel naar de rol worden verwezen. De comparitie zal dan verder worden benut om procedureafspraken te maken, zoals afspraken over termijnen en eventuele bewijslevering.

Het hof attendeert partijen erop dat – naast de comparitie van partijen en mediation – ook de mogelijkheid bestaat om het vonnis (of de vonnissen) in eerste aanleg ter herbeoordeling voor te leggen zonder verdere stukkenwisseling, waarna het hof op korte termijn arrest zal wijzen. Voor de inhoud van het hierop toepasselijke Second Opinion Reglement en de daarbij behorende formulieren wordt verwezen naar www.rechtspraak.nl onder hof Den Haag, Regels en procedures.

Indien partijen binnen twee weken na dit arrest door middel van de daarvoor bestemde formulieren en onder overlegging van een kopie van het procesdossier een verzoek om een herbeoordeling via de second opinion procedure bij de na te noemen raadsheer-commissaris indienen, zal het hof vervolgens zo spoedig mogelijk een beslissing nemen of zij tot die procedure worden toegelaten. Alleen indien het verzoek wordt toegestaan, zal de comparitie van partijen geen doorgang vinden.

Partijen hebben eveneens de mogelijkheid om eerst ter comparitie een verzoek te doen om te worden toegelaten tot de second opinion procedure. Voor de gang van zaken in dat geval wordt verwezen naar hoofdstuk III van voornoemd Reglement.

Beslissing

Het hof:

– beveelt partijen in persoon, vergezeld van hun raadslieden, voor het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling te verschijnen voor de hierbij be-

1 De feiten en het procesverloop voorafgaand aan het bestreden arrest zijn ontleend aan rov. 1-9 van het bestreden arrest: Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2633.

2 Rb. Den Haag 12 oktober 2016, zaak-/rolnr. C/09/508679/HA ZA 16-410.

3 Hof Den Haag 7 februari 2017, zaaknr. 200.206.401/01.

noemde raadsheer-commissaris mr. P. Glazener in het Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan 60 te Den Haag, en wel op vrijdag 17 maart 2017 om 9.30 uur;

(...)

– bepaalt dat partijen de bescheiden waarop zij voor het overige een beroep zouden willen doen, zullen overleggen door deze uiterlijk twee weken vóór de comparitie aan de griffie handel en aan de wederpartij te zenden;

– houdt iedere verdere beslissing aan.⁴

1.6. Na uitstel is de comparitie gehouden op 13 april 2017, waarbij naast raadsheer-commissaris Glazener aanwezig was mr. E.M. Dousma-Valk. Verschenen zijn [eiser 1] en [verweerder], bijgestaan door hun advocaten. In het proces-verbaal van de comparitie is onder meer vermeld:

‘De raadsheer-commissaris bespreekt de zaak met partijen. Een schikking blijkt thans niet mogelijk.’

waarna ruim drie pagina’s aan verklaringen van [eiser 1], [verweerder] en hun advocaten zijn opgenomen. De verklaringen betreffen met name de gang van zaken rondom het verwijderen en/of verplaatsen van de oude schutting, de plaatsing van de schuur, de interpretatie van overgelegde foto’s, de kadastrale kaart en deskundigenrapporten, de vraag of voor een rechtsvoorgangster van [eisers] kenbaar was dat (de rechtsvoorganger van) [verweerder] zich als bezitter was gaan gedragen en de waardering van getuigenverklaringen. Een deel van deze onderwerpen stond in de sleutel van de vraag of sprake was van verkrijgende verjaring door [verweerder].

1.7. De zaak is verwezen naar de rol van 30 mei 2017 voor het nemen van de memorie van grieven. Bij memorie van grieven tevens wijziging c.q. vermeerdering van eis met producties heeft [eisers] vijf grieven aangevoerd. Bij brief van 15 juni 2017 heeft [eisers] nog een aanvullende productie in het geding gebracht. Bij memorie van antwoord tevens antwoordakte vermeerdering van eis met producties heeft [verweerder] de grieven bestreden. Daarna heeft [eisers] een akte met producties genomen en bij brieven van 19 september 2017 en 2 oktober 2017 aanvullende producties overgelegd. [verweerder] heeft bij antwoordakte gereageerd. Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

1.8. Het hof heeft in het thans bestreden arrest⁴ van 16 oktober 2018 het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en het in hoger beroep meer gevorderde afgewezen. Het beroep op verkrijgende verjaring van [verweerder] slaagt. Het hof oordeelt daartoe dat de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar voor 2001 de schutting heeft gestaan, voldoende is onderbouwd en door [eisers] onvoldoende (gemotiveerd) is betwist⁵ en dat [verweerder] en zijn rechtsvoorganger(s) de strook grond gedurende meer dan 20 jaar in bezit hebben gehad, door het exclusieve gebruik in combinatie met de aanwezigheid van een erfafscheiding.⁶ Tot slot overwoog het hof dat aan bewijslevering niet wordt toegekomen, omdat [eisers] geen voldoende specifiek bewijsaanbod heeft gedaan dat als het succes heeft, tot een ander oordeel zou kunnen leiden.⁷

1.9. De beoordeling van het hof luidt, voor zover in cassatie van belang, als volgt:

‘12. De eerste twee grieven van [eisers] zijn gericht tegen rov. 4.6 van het vonnis. [eisers] bestrijdt de vaststelling van de

rechtbank dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vroeger de schutting heeft gestaan. Daartoe voert hij het volgende aan. Na het vonnis heeft [eisers] de beschikking gekregen over een foto uit 1988. Op basis van die foto heeft RBZ Recherche (hierna: RBZ) in opdracht van [eisers] met behulp van professionele software een reconstructie gemaakt van de plaats van de schutting in 1988. Aan de hand van die reconstructie heeft RBZ vastgesteld dat de positie van de schutting in 1988 nagenoeg overeenkwam met de kadastrale grens. Daaruit leidt [eisers] af dat [verweerder] bij de plaatsing van de schuur in 2001 niet alleen het deel van de schutting tussen perceel [001] (thans het perceel [eisers]) en [002] (het perceel van [verweerder]), maar óók het deel van de schutting tussen perceel [001] en perceel [003] (het perceel van niet bij dit geding betrokken bureu) heeft verwijderd en dat [verweerder] zowel de achtermuur van de schuur als de schutting tussen percelen [001] en [003] 78,9 cm verder in de richting van het perceel van [eisers] moet hebben geplaatst. Dit wordt bevestigd door de reconstructie van [eisers] met behulp van Google Maps, die door RBZ is gecontroleerd, aldus [eisers] heeft de juistheid van de verklaringen van de omwonenden in eerste aanleg niet erkend. Zo zijn woorden al als een erkenning van de juistheid van deze verklaringen zouden worden gezien, dan berust deze erkenning op dwaling. De overgelegde foto’s en reconstructies leveren overtuigender bewijs dan de verklaringen van de omwonenden, aldus nog steeds [eisers]

13. Het hof stelt voorop dat [verweerder] voor een geslaagd beroep op verkrijgende verjaring uit hoofde van artikel 3:105 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zal moeten stellen (en zo nodig bewijzen) dat hij en/of zijn rechtsvoorgang(st)ers, de betwiste strook grond gedurende 20 jaar in bezit heeft/hebben gehad. Men neemt een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen (artikel 3:113 BW). Het hof zal eerst onderzoeken of voldoende vast is komen te staan dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Als dat niet het geval is en [verweerder] de achtermuur van de schuur niet op de plek van de oorspronkelijke schutting heeft geplaatst, zoals [eisers] aanvoert, kan van verkrijgende verjaring immers hoe dan ook geen sprake zijn. De vraag of [verweerder] en/of zijn rechtsvoorgang(st)ers gedurende 20 jaar de feitelijke macht over de strook grond hebben uitgeoefend, komt daarna, bij de bespreking van grief 3, aan de orde.

14. [verweerder] heeft zijn stelling dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, onderbouwd met schriftelijke verklaringen van vier omwonenden. [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) woont sinds 1979 op [b-straat 3] en kwam vanaf 1976 regelmatig op [b-straat 2] (perceel [003], naast het perceel van [verweerder]). Zij heeft onder meer verklaard dat “(...) de erfgrans, zoals deze tot op de dag van vandaag bestaat, de erfgrans is zoals ik die heb aangetroffen toen ik in 1976 bij mijn schoonouders de familie [naam 1] over de vloer kwam. Toenmalig wonend op [b-straat 2]. Tevens woon ik zelf sinds 1979 op [b-straat 3] en heb sindsdien de erfgransen niet zien wijzigen.” [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]) heeft gewoond op de [c-straat 1] (perceel [004] op de kadastrale kaart, grenzend aan zowel perceel [001] (thans het perceel van [eisers]) als perceel [002] (het perceel van [verweerder])). Hij heeft onder meer het volgende verklaard: “(...) Als oud bewoner van de [c-straat 1], verklaar ik dat de erfgrans zoals deze tot op de dag van vandaag bestaat, de erfgrans is zoals wij die hebben aangetroffen toen wij in oktober 1988 het betreffende pand gingen bewonen. Onze tuin eindigde exact op de plek waar de

4 Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2633.

5 Rov. 14-21.

6 Rov. 22-27.

7 Rov. 30.

tuin van [c-sstraat] heden ten dage nog steeds eindigt en ook de muur van de schuur van het perceel [b-sstraat 1] staat exact op de plek zoals deze in de vorm van een hek aanwezig was toen de Familie [naam 2] het pand bewoonde. Na verhuizing van de Familie [naam 2], heeft de huidige bewoner de huidige schuur exact op de plaats van de schutting geplaatst, die daar was aangelegd door de toenmalige bewoonster [betrokkene 1]. De situatie zoals deze nu wordt aangetroffen is sinds oktober 1988 niet veranderd.” [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]), die al meer dan 60 jaar woont op de [c-sstraat 2], naast het huis waarin vroeger [betrokkene 3] woonde, heeft verklaard dat de schutting er zeker 25 jaar staat. De laatste verklaring is van [betrokkene 5] (hierna: [betrokkene 5]), die sinds 1943 woont op [b-sstraat 4]. Hij heeft onder meer verklaard: “(...) In de loop der jaren dat ik contact had met zowel de familie [naam 2] (voormalig bewoners [b-sstraat 1]) en de familie [naam 1] (voormalig bewoners [b-sstraat 2]) heeft het hek zoals heden ten dage nog zichtbaar op [b-sstraat 2] altijd op deze plaats gestaan.”

15. Volgens [eisers] zijn de verklaringen van deze getuigen onbetrouwbaar, omdat het onwaarschijnlijk is dat zij zich na zo'n lange tijd nog kunnen herinneren waar de schutting precies heeft gestaan. Het hof volgt [eisers] niet in deze stelling. [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] hebben de situatie destijds goed kunnen waarnemen; [betrokkene 2] omdat zij regelmatig bij haar schoonouders was en [betrokkene 3] en [betrokkene 4] omdat zij naast de percelen van [verweerder] en [eisers] wo(o)n(d)en. Van belang is verder dat niet in geschil is dat oorspronkelijk sprake was van één doorlopende schutting tussen enerzijds perceel [001] (thans van [eisers]) en anderzijds de percelen [002] (thans van [verweerder]) en [003] en dat dit niet is gewijzigd, dat wil zeggen dat de achtermuur van de schuur in het verlengde loopt van de schutting tussen perceel [001] en perceel [003]. Zoals hierboven al overwogen komt het verwijt van [eisers] aan [verweerder] er dan ook op neer dat [verweerder] niet alleen de omvang van het perceel van [eisers] heeft gewijzigd, maar ook de omvang van het buurperceel [003], en wel doordat [verweerder] de achtermuur van de schuur én de schutting tussen perceel [001] en perceel [003] bijna 80 cm naar achteren zou hebben verplaatst. Aangenomen mag worden dat een dergelijke handelwijze – die in het volle zicht van de omwonenden moet zijn uitgevoerd – de aandacht zou hebben getrokken van de bewoners van (een van) die betrokken percelen, en/of van direct aangrenzende percelen, in het bijzonder nu de percelen in kwestie vrij klein zijn; een verschuiving van een erfscheiding met bijna 80 cm blijft dan niet snel onopgemerkt. Als de (achtermuur van de) schuur niet zou zijn teruggeplaatst waar de schutting heeft gestaan en de schutting tussen perceel [001] en perceel [003] zou zijn verwijderd en bijna 80 cm verder zou zijn teruggeplaatst, is het dan ook aannemelijk dat [betrokkene 2] en/of [betrokkene 3] en/of [betrokkene 4] dat zou(den) hebben opgemerkt. Daarom acht het hof de verklaringen van [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] wèl betrouwbaar.

16. Dat niet aannemelijk is dat [verweerder] de schuur en de schutting tussen zijn burens en [betrokkene 1] bijna 80 cm naar achteren heeft verplaatst, blijkt ook uit de reactie van [betrokkene 1] op de verwijdering van de schutting tussen haar perceel en dat van [verweerder]. Als [verweerder] niet alleen die schutting zou hebben verwijderd, maar bovendien de achtermuur van de schuur én het deel van de schutting tussen perceel [003] en het perceel van [betrokkene 1] bijna 80 cm zou hebben laten opschuiven in de richting van het

perceel van [betrokkene 1], dan valt aan te nemen dat [betrokkene 1] niet alleen bezwaar zou hebben gemaakt tegen de verwijdering van de schutting, maar ook tegen de verkleining van haar tuin. [verweerder] heeft onbestreden gesteld dat een dergelijk bezwaar is uitgebleven.

17. [eisers] heeft de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, ook nog bestreden met fotomateriaal en aan de hand daarvan uitgevoerde reconstructies door RBZ en hemzelf.

18. Uit de eerste foto waar [eisers] zich op beroept, een foto gemaakt tijdens de bouw van de schuur (vgl. productie 1 bij brief van [eisers] van 24 maart 2017), kan het hof niet opmaken dat de achtermuur van de schuur niet op de oorspronkelijke plaats van de schutting is komen te staan. Op deze foto is noch de schuur van [verweerder] (Iet wel: de bruine schuur op de foto is de schuur van de burens, [c-sstraat 1]), noch de schutting zichtbaar. Mede vanwege de hoek van waaruit de foto is gemaakt, kan het hof uit de foto niet afleiden dat de weggenomen schutting alleen kan hebben gestaan op de door [eisers] aangegeven plaats.

19. RBZ concludeert in haar rapport dat het laatste paneel van de lange (haaks op de schuur staande) zijde van de schutting 78,9 cm korter is dan in 1988. Die conclusie baseert RBZ op de constatering dat het laatste paneel van de schutting 104 cm breed is, terwijl de overige panelen 189 cm breed zijn, en op een door RBZ uitgevoerde reconstructie. Volgens een in opdracht van [verweerder] opgestelde contra-expertise van DEKRA Experts (hierna: DEKRA, productie 5 bij memorie van antwoord) is het rapport van RBZ onbegrijpelijk. Het hof kan inderdaad uit het rapport van RBZ niet opmaken waarom de lange zijde van de schutting in 1988 78,9 cm langer moet zijn geweest dan nu. In de eerste plaats is het verschil tussen 189 cm en 104 cm geen 78,9 cm maar 85 cm. Belangrijker is dat het feit dat het laatste paneel van de schutting nu korter is dan de overige panelen, op zichzelf niets zegt; dat kan ook in 1988 al zo zijn geweest. Verder valt uit het rapport niet op te maken hoe RBZ de reconstructie heeft uitgevoerd. Op de foto uit 1988 is de schutting vrijwel niet zichtbaar, zodat het hof zich afvraagt hoe aan de hand van deze foto de lengte van de lange zijde van de schutting kan worden bepaald. Als met de door RBZ gebruikte software zaken op deze foto kunnen worden waargenomen die met het blote oog niet te zien zijn, heeft RBZ dat onvoldoende inzichtelijk gemaakt. In ieder geval legt het rapport van RBZ onvoldoende gewicht in de schaal tegenover hetgeen hierboven is overwogen onder 15 en 16.

20. Ook met de door [eisers] zelf met behulp van Google Maps uitgevoerde reconstructie wordt de (onderbouwing van de) stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, niet ontkracht. Zoals aangegeven door [eisers], vereist een reconstructie dat nauwkeurig kan worden vastgesteld vanuit welke hoek de foto uit 1988 en de foto uit 2016 die in deze constructie met elkaar worden vergeleken, zijn gemaakt (vgl. punt 1 (Kalibratie) van de “analyse op basis van zichtlijnen”, overgelegd door [eisers] bij akte na memorie van antwoord). De foto uit 1988 is zo onscherp, dat het hof zich niet kan voorstellen dat aan de hand daarvan een nauwkeurige reconstructie valt te maken. DEKRA heeft hier al op gewezen in haar contra-expertise bij het rapport van RBZ (productie 5 bij memorie van antwoord, p. 3). [eisers] stelt daar in zijn reconstructie onvoldoende tegenover.

21. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat, nu de stellingen van [verweerder] door hem voldoende zijn

onderbouwd en door [eisers] onvoldoende (gemotiveerd) zijn betwist, vast staat dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Daarom falen grieven 1 en 2 van [eiser 1]. Het hof acht zich voldoende voorgelicht en heeft dan ook geen behoefte aan een deskundigenbericht, zoals door [eisers] verzocht (memorie van grieven onder 44 en akte van 17 september 2018 onder 11) en evenmin aan het horen van RBZ (akte [eisers] van 19 september 2017 onder 5).

22. Met zijn derde grief komt [eisers] op tegen het oordeel van de rechtbank dat [verweerder] door verkrijgende verjaring eigenaar is geworden van de betwiste strook grond. Tegen dat oordeel voert [eisers] het volgende aan. Het enkele gebruik van de betwiste strook grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers is onvoldoende voor verkrijgende verjaring. Dat gebruik werd gedoogd door [betrokkene 1], die zelf de schutting vóór de erfgrens had geplaatst, zonder dat zij de eigendom van de strook grond heeft prijsgegeven. Uit dat gebruik was dan ook voor [betrokkene 1] niet kenbaar dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers de strook grond in bezit hadden genomen. Pas toen [verweerder] de schuur heeft gebouwd in 2001, vond een feitelijke machtsuitoefening plaats die gericht was op inbezitneming. De termijn van 20 jaar voor verkrijgende verjaring is dus nog niet verstreken, aldus [eisers]

23. Artikel 3:107 BW omschrijft bezit als het houden van een goed voor zichzelf. Daaronder wordt verstaan het uitoefenen van de feitelijke macht over een goed met de pretentie recht hebbende te zijn. Artikel 3:108 BW bepaalt dat de vraag of iemand een goed voor zichzelf houdt, wordt beoordeeld naar verkeersopvattingen, met inachtneming van de regels die in de navolgende artikelen worden gegeven en overigens op grond van uiterlijke feiten. De (niet naar buiten blijvende) interne wil om als rechthebbende op te treden, is voor het zijn van bezitter niet van belang. Het komt aan op uiterlijke omstandigheden waaruit naar verkeersopvattingen een wilsuiting kan worden afgeleid om als rechthebbende op te treden. De bezitter zal zich zo moeten gedragen dat de eigenaar tegen wie de verjaring loopt daaruit niet anders kan afleiden dan dat de bezitter pretendeert eigenaar te zijn. Zo is verzekerd dat van verjaring pas sprake kan zijn indien de werkelijke rechthebbende gedurende lange tijd nalaat maatregelen te nemen teneinde de inbreuk op zijn recht te beëindigen.

24. [eisers] beroept zich in dit verband op een arrest van dit hof van 16 februari 2010 (ECLI:NL:GHSGR:2010:BL4886), waarin het hof heeft uitgemaakt dat het gebruik van een strook grond als tuin door deze te beplanten, te onderhouden en te gebruiken niet kenmerkend is voor het uitoefenen van het bezit van de grond. Het onderhavige geval onderscheidt zich van die zaak door de aanwezigheid van een feitelijke afscheiding gedurende meer dan 20 jaar, waardoor de strook grond zowel feitelijk als visueel geheel werd afgescheiden van perceel [001] en deel is gaan uitmaken van perceel [002]. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, met verwijzing naar de situatie ter plaatse (van huizen met tuinen die door schuttingen, hekken of heggen van elkaar zijn gescheiden), dient ervan te worden uitgegaan dat er aldus naar verkeersopvattingen sprake was van bezit. Nadat de schutting was geplaatst, hadden [betrokkene 1] en haar rechtsopvolg(st)ers geen toegang meer tot de strook grond achter de schutting. [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers hadden dus het exclusieve gebruik van de strook grond. Dat zich ten tijde van het bouwen van de schuur op de strook grond enkel wildgroei bevond (zoals [eisers] nog heeft aangevoerd) maakt onder de omstan-

digheden van dit concrete geval daarom niet dat geen sprake was van bezit.

25. De stelling van [eisers] dat de rechtsvoorgang(st)ers van [verweerder] de strook grond niet (exclusief) hebben kunnen gebruiken vanwege de aanwezigheid van een voor derden toegankelijke brandgang achter het perceel van [verweerder] (en vóór de strook grond), is door [verweerder] gemotiveerd betwist – onder verwijzing naar verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] die beiden hebben verklaard dat er nooit zo'n brandgang is geweest – en heeft [eisers] ook in hoger beroep niet onderbouwd.

26. Door het exclusieve gebruik van de grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers in combinatie met de aanwezigheid van een erfafscheiding, moet voor [betrokkene 1] kenbaar zijn geweest dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers de feitelijke macht over de strook grond uitoefenden met de pretentie eigenaar te zijn. Het feit dat de schutting door [betrokkene 1] zelf is gebouwd maakt dat niet anders. De stelling van [eisers] dat [betrokkene 1] het gebruik van de strook grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers slechts heeft gedoogd zonder de eigendom ervan prijs te geven, heeft [eisers] niet onderbouwd. In het bijzonder heeft [eisers] geen enkele omstandigheid genoemd die erop wijst dat [betrokkene 1] haar eigendomsrechten zeker heeft gesteld nadat de schutting is geplaatst en [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers exclusief gebruik van de strook grond zijn gaan maken. Integendeel, uit het verzoek van [betrokkene 1] om de schutting op precies dezelfde plek terug te plaatsen, kan worden afgeleid dat ook [betrokkene 1] deze schutting als erfgrens beschouwde (...).

27. Het staat dus vast dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers de strook grond gedurende meer dan 20 jaar in bezit hebben gehad. Grief 3 slaagt evenmin. (...)

30. Nu alle grieven falen zal het hof het vonnis van de rechtbank in conventie en in reconventie bekrachtigen en de in appel vermeerderde eis afwijzen. Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, omdat [eisers] geen voldoende specifiek bewijstaanbod heeft gedaan dat als het succes heeft, tot een ander oordeel zou kunnen leiden. [eisers] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

1.10. [eisers] heeft tijdig⁸ cassatieberoep ingesteld. [verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. [eisers] heeft gerepliceerd. [verweerder] heeft gedupliceerd.

2. Juridisch kader

Onmiddellijkheidsbeginsel

2.1. In cassatie draait het met name om wat ook wel wordt aangeduid als het (civiele) onmiddellijkheidsbeginsel: het recht van procespartijen op het geven van een mondelinge toelichting op hun standpunten ten overstaan van de rechters die in de zaak zullen beslissen. Dit recht impliceert dat partijen in beginsel het recht hebben een dergelijke toelichting te geven ten overstaan van *alle* rechters die zullen beslissen. Het is een fundamenteel beginsel van burgerlijk procesrecht, maar het is niet onbeperkt.⁹ Het doel is te waarborgen dat het ver-

⁸ Bij procesinleiding van 19 december 2018.

⁹ Aldus uw Raad in HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, BR 2014/139 m.nt. E.W.J. de Groot, RFR 2015/16, NJ 2015/181 m.nt.

handelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing.

2.2. Uw Raad heeft in een reeks uitspraken¹⁰ van de afgelopen jaren een juridisch kader uitgewerkt met betrekking tot het onmiddellijkheidsbeginsel voor twee soorten situaties, die ik hierna kortweg zal aanduiden als de ‘rechtswisseling’ en de ‘unus-behandeling’. Ik zal het kader op hoofdpunten schetsen. Voor een vollediger overzicht van de materie verwijs ik naar de uitgebreide conclusie¹¹ van A-G Hartlief van 4 oktober 2019. In de onderhavige zaak is een unus-behandeling bij een comparitie na aanbrengen aan de orde, zodat ik uitgebreider in zal gaan op aspecten die daarbij van belang zijn.

2.3. Een rechtswisseling is aan de orde als één (of meer) van de behandelend rechters in een zaak op enig moment wordt(/worden) vervangen, bijvoorbeeld in verband met pensioen of een overstap naar een ander gerecht of een andere sector. Als dit na een mondelinge behandeling gebeurt, zullen dus niet alle rechters die bij de mondelinge behandeling aanwezig waren uiteindelijk over de zaak beslissen. Met unus-behandeling doel ik op de situatie dat een mondelinge behandeling plaatsvindt voor één rechter- of raadsheer-commissaris, terwijl de zaak meervoudig wordt beslist.

2.4. Het juridisch kader kent voor zowel de rechtswisseling als de unus-behandeling een hoofdregel en een bijbehorend stappenplan, die onderling net anders zijn. Dat heeft ermee te maken dat er weliswaar een duidelijk verband bestaat tussen de situaties, maar er ook een belangrijk verschil is. De regels voor de rechtswisseling zien op de situatie dat al een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, vervolgens een wisseling plaatsvindt en moet worden gezien hoe vervolgens verder te gaan met het oog op een uitspraak die nog moet komen. De centrale vraag is of partijen aanspraak kunnen maken op een nieuwe mondelinge behandeling ten overstaan van de nieuwe zetel die zal beslissen en of het gerecht daarover een mededelingsplicht heeft. Bij een unus-behandeling, zo is de gedachte,¹²

is voorafgaand aan de zitting al duidelijk dat er voor wordt gekozen die door één rechter- of raadsheer-commissaris te laten behandelen, terwijl meervoudig beslist zal worden. In dergelijke situaties kan het onmiddellijkheidsbeginsel tot gevolg hebben dat partijen het recht hebben te verzoeken dat die mondelinge behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van alle rechters of raadsheren die zullen beslissen.¹³ De regels bepalen in dergelijke situaties of partijen daar met succes om kunnen verzoeken en of het gerecht hierover een mededelingsplicht heeft. In de onderhavige zaak is echter aan de orde wat men een ‘ontspoorde comparitie na aanbrengen’ zou kunnen noemen.

Rechtswisseling

2.5. De hoofdregel en het stappenplan met betrekking tot de rechtswisseling zijn door uw Raad geformuleerd in het arrest [...]/*Staat*¹⁴ van 31 oktober 2014 en vervolgens in (onder meer) [...]/*Gemeente Amsterdam*¹⁵ verder uitgewerkt.

2.6. In laatstgenoemde zaak heeft uw Raad de regels als volgt kort weergegeven:

‘3.3. (...) Een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, behoort in beginsel te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, teneinde te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing. Indien tussen de mondelinge behandeling en de daaropvolgende uitspraak vervanging van een of meer rechters noodzakelijk blijkt, dient het gerecht dit aan partijen mee te delen. Partijen hebben dan de gelegenheid een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gegeven. Een zodanig verzoek kan in het belang van een voortvarende procesvoering onder bepaalde, in het arrest nader aangeduide, omstandigheden worden afgewezen, mits dit gemotiveerd gebeurt. (...)’

Vervolgens verduidelijkt uw Raad in rov. 3.4 dat het stappenplan niet aan de orde is wanneer de rechtswisseling plaatsvindt na een op een eerdere mondelinge behandeling gevolgde uitspraak en aan de verdere beoordeling van het geschil een tweede mondelinge behandeling voorafgaat. In de tweede mondelinge behandeling kunnen partijen immers desgewenst de geschilpunten waarop in de vorige uitspraak nog niet was beslist, opnieuw aan de orde stellen ten overstaan van de rechters die over die geschilpunten zullen beslissen.

2.7. Er klinkt kritiek¹⁶ op de door uw Raad ontwikkelde regels. De kritiek ziet met name op de verlegging van het initiatief naar partijen zodra na de betreffende mondelinge behandeling een (tussen)uitspraak is gegeven. Asser¹⁷ en Van Rijssen¹⁸ betogen bijvoorbeeld dat het meer voor de hand zou liggen dat het gerecht, in wiens sfeer de rechtswisseling plaats-

W.D.H. Asser, AA20160185 m.nt. C.J.M. Klaassen, JBPR 2015/18 m.nt. G. van Rijssen, JIN 2014/225 m.nt. N. de Boer ([...]/*Staat*), rov. 3.4.1, onder verwijzing naar HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2013, NJ 1997/341 m.nt. H.J. Sniijders (*Boumans/t Plenkse II*), rov.2.2.

10 Zie met name voormelde [...]/*Staat*; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, NJ 2019/144 m.nt. W.D.H. Asser, JBPR 2016/46, m.nt. G. van Rijssen ([...]/*Gemeente Amsterdam*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1266, RvdW 2017/811 (*Zosta*); HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, JBPR 2018/30, m.nt. G. van Rijssen (*de Stichting*); HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, NJ 2019/145 m.nt. W.D.H. Asser, JAR 2018/37 (*SIPOR*); HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484, NJ 2018/353 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, TRA 2018/61 m.nt. F.M. [betrokkene 4], JIN 2018/109 m.nt. C. Vogel, JAR 2018/109 m.nt. J. Dop; HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, NJ 2019/146 m.nt. W.D.H. Asser, JIN 2018/149 m.nt. E.A. Glazener, JAR 2018/183 m.nt. J.P. Quist, JBPR 2019/2 m.nt. G. van Rijssen (*FNV/[...]*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:971, RBP 2018/83, RvdW 2018/763 (*Holland Scherming*); HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:111 en ECLI:NL:HR:2019:106, NJ 2019/140, m.nt. E. Verhulp, JAR 2019/56, RAR 2019/63 (*Investifuture*); HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, NJ 2019/147 m.nt. W.D.H. Asser (*Werkgever/Werknemer*); HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:567, RvdW 2019/493 (*Verzekerings Unie*); HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1202, RvdW 2019/836; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1280.

11 Conclusie A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:1137 rov. 3.3-3.38.

12 Zie de opmerking van Van Rijssen in diens noot onder *de Stichting*: JBPR 2018/30, rn. 16.

13 Overigens heeft Van Rijssen betoogd in zijn noot onder JBPR 2018/30, onder 3, dat alleen uitspraken van het hof vatbaar zijn voor vernietigbaarheid uitsluitend op grond van schending van de onmiddellijkheid. Als het ter zitting behandelde in eerste aanleg niet zou zijn meegewogen, biedt hoger beroep de mogelijkheid dat nogmaals naar voren te brengen en kan zo nodig op inhoudelijke gronden worden vernietigd.

14 Zie noot 10.

15 Zie noot 10.

16 Zie voor een uitgebreide bespreking de voormelde conclusie van Hartlief, rov. 3.21-3.27.

17 Voormelde noot onder NJ 2019/147, met name rn. 3.1.5.

18 Zie zijn noot bij [...]/*Gemeente Amsterdam*, rn. 13-14.

vindt, in alle gevallen partijen daarvan op de hoogte zou moeten stellen. De Haan¹⁹ zit op hetzelfde spoor. Ook A-G's Van Peurse, Drijber²¹ en Hartlief²² hebben aangegeven dat het wat hen betreft de voorkeur geniet dat het gerecht partijen in kennis stelt van iedere rechterswisseling. Ik sluit mij bij daar aan. Het zou de systematiek [betrokkene 1] kunnen vereenvoudigen en neemt ook veel onzekerheid bij partijen weg.

Unus-behandeling

2.8. Zoals hiervoor al aangegeven, speelt het onmiddellijkheidsbeginsel ook in situaties als de onderhavige zaak, waar in een meervoudig te beslissen zaak een mondelinge behandeling ten overstaan van één rechter- of raadsheer-commissaris wordt ingepland en/of plaatsvindt. Art. 15 respectievelijk 16 Rv bieden de mogelijkheid, in eerste aanleg respectievelijk hoger beroep, om in zaken die in beginsel zijn opgedragen aan een meervoudige kamer de behandeling van de zaak geheel of gedeeltelijk op te dragen aan een rechter-/raadsheer-commissaris.

2.9. De regels uit de jurisprudentie komen er, zeer kort weergegeven, op neer dat wanneer een dergelijke unus-behandeling (mede) tot doel heeft dat partijen de gelegenheid krijgen hun standpunten toe te lichten, de rechter bij de oproeping aan partijen meedeelt dat de mondelinge behandeling zal plaatsvinden voor één rechter of raadsheer, dat partijen gelegenheid moet worden gegeven om te verzoeken dat de behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen, en dat een dergelijk verzoek alleen kan worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld. Wat opvalt is dat hierbij het *doel* van de zitting centraal staat. Dat is te begrijpen, omdat de regels vooral betrekking hebben op de aanloop naar de mondelinge behandeling. Overigens kunnen gerechten ook bij procesreglement regelen dat partijen kunnen verzoeken dat de mondelinge behandeling wordt gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen.

2.10. In de onderhavige zaak was in een tussenarrest een comparitie na aanbrengen gelast, met als *doelen* het beproeven van een schikking, het inwinnen van inlichtingen (en het maken van regie-afspraken) en dus niet het gelegenheid bieden aan partijen hun standpunten toe te lichten. *Feitelijk* is de mondelinge behandeling echter anders verlopen, zo betoogt [eisers] Er is, zo is de strekking van hun standpunt in cassatie, wel sprake geweest van toelichting van standpunten door partijen. Vraag is welke regels gelden wanneer een zitting op deze manier 'ontspoord'. Voor zover mij bekend, is dat niet eerder op deze wijze aan de orde geweest.

2.11. De vraag is dan in hoeverre partijen aanspraak kunnen maken op een nieuwe mondelinge behandeling ten overstaan van alle rechters die zullen beslissen, of het initiatief daarvoor bij partijen ligt, of dat het gerecht daarover een mededelingsplicht heeft. Heel kort samengevat meen ik, uitgaande van het onderscheid dat uw Raad maakt tussen de verschillende doelen (of in deze context beter: functies) van de mondelinge

linge behandeling, dat het volgende zou moeten gelden. Als tijdens de mondelinge behandeling het vooraf geformuleerde doel wordt overschreden in die zin dat partijen toch de gelegenheid kregen hun standpunten toe te lichten, hebben partijen in beginsel recht op een nieuwe mondelinge behandeling ten overstaan van alle rechters of raadsheren, die zullen beslissen. Als een partij meent dat dit zich voordoet, zal deze zelf een verzoek daartoe moeten doen. Het gerecht kan dat alleen afwijzen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld en onder voorwaarde dat een proces-verbaal van de zitting is opgemaakt, dat ter beschikking wordt gesteld van partijen en de volledige zetel voordat wordt beslist. Dit komt er grotendeels op neer dat de bestaande regels mutatis mutandis worden toegepast. Het verschil is dat naar mijn mening geen mededelingsplicht bestaat voor het gerecht, immers partijen waren er bij toen de zitting van karakter veranderde.

2.12. Ik zal hier de bestaande jurisprudentie over de unus-behandeling uitgebreider weergeven en ingaan op kritiek die op een aantal punten is geleverd in de literatuur. Daarna zal ik de door mij voorgestelde regels voor de 'ontspoorde' unus-behandeling nader uiteenzetten.

(i) Huidige jurisprudentie

2.13. In twee beschikkingen van 22 december 2017, veelal aangeduid als *SIPOR*²³ en *de Stichting*²⁴ heeft uw Raad duidelijk gemaakt dat en hoe de regels uit het voormelde arrest [...] / *Staat* uit 2014 van belang zijn voor de unus-behandeling. In een reeks uitspraken²⁵ is de leer bevestigd en uitgewerkt. In een beschikking van 22 februari 2019, wel aangeduid met de cryptische naam *Werkgever/Werknemer*,²⁶ heeft uw Raad de regels als volgt samengevat (met mijn onderstreping, A-G; gecursiveerd *red.*):

'3.4.1. (...) De wettelijke hoofdregel is dat zaken in hoger beroep door een meervoudige kamer worden behandeld en beslist. Een aan de beslissing voorafgaande mondelinge behandeling die mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten, dient in beginsel plaats te vinden ten overstaan van de drie raadsheren die de beslissing zullen nemen. Dit houdt, gelet op hetgeen is overwogen in HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, verband met de betekenis van de mondelinge behandeling,

19 J.P. de Haan, 'Recente ontwikkelingen rond de rechterswisseling na een mondelinge behandeling', TvPP 2017/6, p. 221.

20 Conclusie van A-G Van Peurse (ECLI:NL:PHR:2017:468) voor *Zosta*, rov. 2.7.

21 Conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2018:701) voor HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1026, RvdW 2018/787, JAR 2018/223, rov. 2.12.

22 Voormelde conclusie van Hartlief, rov. 3.27.

23 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, NJ 2019/145 m.nt. W.D.H. Asser, JAR 2018/37 (*SIPOR*)

24 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, JBPR 2018/30, m.nt. G. van Rijssen (*de Stichting*).

25 Zie HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484, NJ 2018/353 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, TRA 2018/61 m.nt. F.M. [betrokkene 4], JIN 2018/109 m.nt. C. Vogel, JAR 2018/109 m.nt. J. Dop (*Dräger*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, NJ 2019/146 m.nt. W.D.H. Asser, JIN 2018/149 m.nt. E.A. Glazener, JAR 2018/183 m.nt. J.P. Quist, JBPR 2019/2 m.nt. G. van Rijssen (*FNV/[...]*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:971, RBP 2018/83, RvdW 2018/763 (*Holland Scherming*); HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:111 en ECLI:NL:HR:2019:106, NJ 2019/140, m.nt. E. Verhulp, JAR 2019/56, RAR 2019/63 (*Investinfuture*); HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, NJ 2019/147 m.nt. W.D.H. Asser (*Werkgever/Werknemer*); HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:567, RvdW 2019/493 (*Verzekerings Unie*). Ook in twee recente BOPZ-zaken is deze kwestie aan de orde gekomen: HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1202, RvdW 2019/836; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1280.

26 Zie vorige voetnoot.

waarbij de mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting van wezenlijke invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de rechter, en die interactie niet altijd volledig in een proces-verbaal kan worden weergegeven. *Indien in een meervoudig te beslissen zaak in hoger beroep wordt bepaald dat een mondelinge behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van een raadsheer-commissaris, en die mondelinge behandeling mede tot doel heeft partijen de gelegenheid te geven hun stellingen toe te lichten, zal uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling aan hen moeten worden meegedeeld dat is bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van een raadsheer-commissaris. Aan partijen dient (in een procesreglement of op andere wijze, zie HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976) de gelegenheid te worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Zodanig verzoek zal in beginsel moeten worden ingewilligd, en kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld.*

2.14. Van Rijssen²⁷ merkt in diens JPBR-noot onder *de Stichting* op dat uit de jurisprudentie zes regels afgeleid kunnen worden en dat uw Raad daarnaast nog twee opmerkingen heeft gemaakt:

‘14. In door een meervoudige kamer behandelde zaken waarin ten overstaan van één van de raadsheren een zitting wordt bepaald die (mede) tot doel heeft dat partijen de gelegenheid hebben hun stellingen toe te lichten gelden de volgende zes regels:

a) Uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling zal (schriftelijk of elektronisch) aan hen moeten worden meegedeeld dat is bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van één rechter of raadsheer.

b) Aan partijen moet gelegenheid worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Daarbij kan een termijn worden gesteld.

c) Het onder b) genoemde verzoek zal in beginsel moeten worden ingewilligd en kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld.

d) Als op de voet van art. 15 lid 2 Rv of art. 16 lid 3 Rv verwijzing van een zaak van de enkelvoudige kamer naar de meervoudige kamer plaatsvindt na mondelinge behandeling waarin partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun stellingen toe te lichten en die voorafgaat aan eerstvolgende uitspraak, dient van de verwijzing mededeling aan partijen te worden gedaan.

e) In het geval onder d) moet aan partijen gelegenheid worden gegeven te verzoeken dat een mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Daarbij kan een termijn worden gesteld voor het doen van dit verzoek.

f) Bij afwijzing van dit verzoek moeten de regels gegeven in HR 2014 in acht worden genomen.

15. De Hoge Raad sluit af met de volgende opmerkingen.

(i) Van een mondelinge behandeling die mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten en die plaatsvindt in een meervoudig te beslissen zaak ten overstaan van een rechter-commissaris of raadsheer-commissaris, moet een proces-verbaal worden opge-

maakt dat voorafgaand aan de uitspraak wordt gezonden aan partijen en ter beschikking wordt gesteld van de meervoudige kamer. Ik merk op dat deze regel afwijkt van de KEI-wetgeving waarin het maken van een proces-verbaal in beginsel niet verplicht is. Zie over oraliteit en het belang van het proces-verbaal ook het artikel van D.T. Boks en J.D.A. den Tonckelaar, Trema 2016/5.

(ii) Zittingen die dienen om bewijs te vergaren zoals (voorlopig) getuigenverhoor of (voorlopige) plaatsopneming in meervoudig te beslissen zaken vallen niet onder het regiem van de arresten HR 2014, HR 2016 en HR 2017. Zij kunnen plaatsvinden ten overstaan van een rechter-commissaris of raadsheercommissaris zonder dat behoeft te zijn voldaan aan de inbreukregels voor informatieverstrekking en het geven van gelegenheid tot verzoek om een nadere mondelinge behandeling. Voor die bewijsverrichtingen bepaalt art. 155 Rv dat de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, zoveel als mogelijk meewerkt aan het wijzen van de einduitspraak. Een sanctie op schending van die verplichting wordt in de wet niet gegeven (zie mijn annotatie onder Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4426, «JBPr» 2016/26 (m.nt. G. van Rijssen)).

(ii) *Doelen van een mondelinge behandeling*

2.15. De toepasselijkheid van de geformuleerde regels hangt dus af van het doel van de mondelinge behandeling. Uw Raad maakt een onderscheid tussen enerzijds de instructie van de zaak, het beproeven van een schikking en/of het inwinnen van inlichtingen (door de rechter) en anderzijds de mogelijkheid voor partijen om hun standpunten toe te lichten. De regels uit de jurisprudentie over het civielrechtelijke onmiddellijkheidsbeginsel zien alleen op zittingen waarbij dat laatste aan de orde is. Overigens zijn ze ook niet van toepassing op zittingen die dienen om bewijs te vergaren. Uw Raad heeft het onderscheid tussen de verschillende doelen in *de Stichting en SIPOR* als volgt uitgewerkt en toegelicht:

‘Doel(en) van een mondelinge behandeling

3.3.1. Art. 279 lid 1 Rv en art. 361 lid 1 Rv houden in dat de rechter in eerste aanleg en in hoger beroep na de indiening van het verzoekschrift dag en uur bepaalt waarop de behandeling aanvangt. Daarin ligt besloten dat in een verzoekschrift-procedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep en behoudens uitzonderingen, een mondelinge behandeling behoort plaats te vinden. Die mondelinge behandeling heeft, evenals in een dagvaardingsprocedure de comparitie na antwoord in eerste aanleg (art. 131 Rv) en het pleidooi in eerste aanleg en in hoger beroep (art. 134 Rv), mede tot doel dat de rechter partijen en belanghebbenden (hierna samen: partijen) in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten (vgl. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181, rov. 3.4.2). Na inwerkingtreding van de KEI-wetgeving in eerste aanleg wordt ingevolge het nieuwe art. 30j Rv zowel in de vorderings- als de verzoekprocedure in aansluiting op de eerste schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten een mondelinge behandeling bepaald. Voor deze mondelinge behandeling is de zojuist genoemde doelstelling verwoord in de aanhef van het nieuwe art. 30k lid 1 Rv, dat volgens de parlementaire geschiedenis op dit punt in de plaats komt van art. 134 Rv over het pleidooi in de dagvaardingsprocedure (zie Kamerstukken II 2014-2015, 34 059, nr. 3, p. 71). Die doelstelling zal na inwerkingtreding van de KEI-wetgeving ook gelden voor de mondelinge behandeling in hoger beroep in de gevallen waarin deze wordt gelast met toepassing van het nieuwe art. 354 Rv

²⁷ JBPR 2018/30.

in de vorderingsprocedure, respectievelijk het nieuwe art. 360a Rv in de verzoekprocedure.

3.3.2. Andere mondelinge behandelingen dan de zojuist vermelde, kunnen in voorkomend geval eveneens tot doel hebben dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten. Zij kunnen echter ook een ander doel hebben, zoals in de dagvaardingsprocedure het geval is bij de schikkings- en inlichtingencomparitie na een tussenuitspraak (art. 87 en 88 Rv, in hoger beroep in verbinding met art. 353 lid 1 Rv), en in hoger beroep bij de comparitie na aanbrengen die plaatsvindt voordat een schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten heeft plaatsgevonden en ertoe dient een schikking te beproeven en afspraken over het procesverloop te maken. Na inwerkingtreding van de KEI-wetgeving vallen andere mondelinge behandelingen dan hiervoor in 3.3.1, tweede alinea, aangeduid, in eerste aanleg en in hoger beroep onder het nieuwe art. 30a lid 1, aanhef en onder c, Rv. Deze bepaling omvat dus zowel mondelinge behandelingen die (mede) tot doel hebben dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten (zoals een pleidooi na een tussenuitspraak die is gevolgd door een aktewisseling), als mondelinge behandelingen die uitsluitend een ander doel hebben (zoals een schikkings- en inlichtingencomparitie na een tussenuitspraak).

2.16. Op dit onderscheid is wel kritiek geuit. Die kritiek komt er in de kern op neer dat het onderscheid tussen het inwinnen van inlichtingen en het laten toelichten van standpunten kunstmatig is en in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Als partijen inlichtingen verschaffen, zal dat veelal gekleurd zijn door hun eigen standpunten en belangen.

2.17. In zijn JBPR-noot onder *De Stichting* heeft Van Rijssen in dat kader het volgende opgemerkt:

‘17. In HR 2017 is het systeem voor de toepassing van de inbreukregels verder verfijnd door te onderscheiden tussen zittingen die tot doel hebben dat partijen hun standpunten (“stellingen”) kunnen toelichten en andere zittingen waarin het uitsluitend gaat om de verstrekking van inlichtingen en/of het trachten een schikking te treffen. Daarbij gaat het er kennelijk niet om wat er daadwerkelijk ter zitting verhandeld wordt maar om “het doel” dat de zitting heeft. Met andere woorden wat de rechter voorafgaande aan de zitting met die zitting beoogt. Het is mijns inziens echter een onjuiste gedachte dat partijen inlichtingen (kunnen) verstrekken zonder tevens hun standpunten toe te lichten: het toelichten van standpunten zal in de civiele procedure immers veelal een kwestie zijn van gekleurde informatievoorziening. Het onderscheid tussen inlichtingen verstrekken en het toelichten van standpunten is kunstmatig en in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Theoretisch laat zich denken dat bijvoorbeeld uitsluitend voor de schadevang nog één of twee facturen moeten worden toegelicht. Maar ook een dergelijke toelichting zal niet zelden kleuring van de feiten bevatten en een weerwoord van de wederpartij uitlokken. Het afstoppen van een dergelijk debat en reacties over en weer zal al snel in strijd komen met art. 19 Rv.’

2.18. Ook Asser plaatst in zijn NJ-noot²⁸ bij vier van de hier besproken zaken vraagtekens bij het door uw Raad aangebrachte onderscheid tussen, kort gezegd, het inwinnen van inlichtingen en het laten pleiten:

‘5.1. De hier besproken rechtspraak eist van de rechters die de zaak behandelen en beslissen dat zij steeds op hun *qui vive* zijn ten aanzien van de doelstellingen van mondelinge behandelingen, met name die plaatsvinden ten overstaan van een R-C in meervoudig te beslissen zaken. In de tussenuitspraken op grond waarvan die behandelingen plaatsvinden moet over die doelstellingen maximale duidelijkheid worden gegeven: gaat het om bewijsverrichtingen, schikkingspogingen, inlichtingen en/of de mogelijkheid voor partijen hun zaak te bepleiten. De Hoge Raad brengt nu een beslissende scheiding aan tussen bewijs, inlichtingen inwinnen en schikken enerzijds en (kort gezegd:) pleiten anderzijds. Als de meervoudige kamer toelaat dat er op een mondelinge behandeling voor de R-C ook gepleit kan worden heeft zij de verplichting partijen daarop te wijzen omdat zij dan het recht hebben te vragen om een mondelinge behandeling voor de volle kamer. Dit recht is fundamenteel, reden waarom de sanctie op het niet-naleven van deze verplichting de zwaarste is.

5.2. Ik vrees dat het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen enerzijds het doel pleiten en anderzijds de doelen bewijs verzamelen, inlichtingen verschaffen en schikkingspoging, niet goed aansluit bij de praktijk en vooral het resultaat is van cassatieberoepen die door deze rechtspraak zelf mogelijk zijn gemaakt (zie ook de kritische opmerkingen van Van Rijssen in zijn noot onder HR 22 december 2017, JBPr 2018/30, nr. 17 e.v.). Ook als de comparitie bestemd is voor bewijs, inlichtingen en schikken, zullen de partijen al snel de behoefte hebben om hun stellingen in de zaak, bijvoorbeeld afrondend, nog eens te beklemtonen, nader uit de doeken te doen enz., zeker als zij geen nadere schriftelijke ronde meer te verwachten hebben. En niet alleen partijen zullen die behoefte hebben, ook de R-C, die dat bijvoorbeeld zal laten merken door in een brief aan partijen ter voorbereiding van de zitting op te nemen dat partijen desgewenst hun standpunten nog kunnen toelichten, ook als dat niet in de tussenuitspraak van de meervoudige kamer staat. De R-C wil immers op een gegeven moment, gelet op wat er tijdens de mondelinge behandeling is voorgevallen, weten hoe partijen in dat licht denken over de zaak en hoe zij tegenover een eventuele schikking staan. Hoe kun je als R-C, als je dat niet weet, zinvol over een eventuele schikking met partijen spreken? Óók als dat niet een van de doelstellingen van de zitting was, want (proberen te) schikken mag immers altijd?

En afgezien daarvan, bewijzen en toelichten van stellingen (pleiten) liggen in elkaars verlengde omdat bewijzen van en beslissen over feiten neerkomt op redeneren en argumenteren, op overtuigen en overtuigd worden in het licht van de toe te passen normen. Het is dus niet verstandig om zowel partijen als de R-C door afbakening van de verschillende doelen van de mondelinge behandeling – bovendien bij de toetsing in cassatie steeds achteraf – voor de voeten te lopen bij de aan haar of hem opgedragen werkzaamheden. En misschien is het wél verstandig om als meervoudige kamer in de tussenuitspraak waarin de mondelinge behandeling aan een R-C wordt opgedragen, steeds te vermelden dat partijen desgewenst en — indien dat naar het oordeel van de R-C mogelijk is — op de zitting de gelegenheid krijgen kort hun standpunten nader toe te lichten in het licht van hetgeen tijdens de behandeling is voorgevallen. Dat betekent uiteraard dat de partijen dan ook het recht hebben om een meervoudige behandeling te verzoeken, maar eerlijk gezegd valt aan te nemen dat partijen in de regel daar helemaal geen behoefte aan hebben, zeker niet als zo’n verzoek zou betekenen maanden uitstel van de behandeling’

28 Te vinden onder HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, NJ 2019/147 m.nt. W.D.H. Asser.

2.19. De kritiek heeft in zoverre wel een punt, dat twijfel kan bestaan waar de grens ligt tussen het inwinnen van inlichtingen en het laten toelichten van standpunten en of die grens wordt overschreden. Het is zeer gebruikelijk om zittingen die (toch vooral) zien op de instructie van de zaak en het zoeken naar schikkingsmogelijkheden te laten uitvoeren door een rechter- of raadsheer-commissaris. Het zou erg veel impact hebben op de huidige praktijk als dergelijke unus-behandelingen bemoeilijkt worden. Bij de aankondiging ervan wordt vaak ruimte gehouden om eventueel inlichtingen in te winnen. Dat is in de praktijk mijns inziens meestal niet zo problematisch. Partijen hebben dan vaak helemaal geen behoefte aan een meervoudige behandeling, met eventuele vertraging tot gevolg. Ik meen dat de toetsing of de zitting is 'ontspoord' het beste achteraf kan gebeuren, binnen dezelfde instantie, als partijen daar behoefte aan hebben. Ik werk dat hierna uit onder (vi).

(iii) *Alleen doel van belang, niet feitelijk verloop?*

2.20. Zoals gezegd, ligt de nadruk in de jurisprudentie sterk op het *doel* van een mondelinge behandeling. Van Rijssen heeft opgemerkt²⁹ dat het er kennelijk niet om gaat wat er daadwerkelijk ter zitting gebeurt. Dat heeft mijns inziens te maken met het feit dat uw Raad in de betreffende zaken een toetsingskader voorafgaand aan de zitting heeft geformuleerd.

2.21. Overigens heeft uw Raad in de voornoemde uitspraken *FNV/...* en *Werkgever/Werknemer* ook verwezen naar het feitelijke verloop ter zitting, onder verwijzing naar het proces-verbaal c.q. de stukken van het geding. Zie ik het goed, dan was dat in beide gevallen vooral ter versterking van het oordeel dat het doel van de zittingen vooraf al niet beperkt was tot het geven van inlichtingen en het beproeven van een schikking. Zo overwoog uw Raad in *FNV/...*:

'4.1.3. In zijn tweede tussenarrest (van 26 april 2016) heeft het hof (in rov. 2.5) overwogen dat het aanleiding ziet een verschijning van partijen te gelasten, dat de comparitie tevens zal worden benut voor het beproeven van een schikking, en dat de specifieke onderwerpen die tijdens deze comparitie in ieder geval aan de orde zullen worden gesteld, voorafgaand aan de comparitie door het hof bekend worden gemaakt. Blijkens het dictum van dit tussenarrest zou de comparitie plaatsvinden ten overstaan van een raadsheer-commissaris.

In dit tussenarrest is niet bepaald dat de comparitie uitsluitend strekte tot het beproeven van een schikking dan wel het verkrijgen van inlichtingen, een en ander als bedoeld in art. 87 Rv respectievelijk art. 88 Rv, in samenhang met art. 353 lid 1 Rv, en niet mede ertoe strekte om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten.

Met het oog op de comparitie heeft de griffier namens de raadsheer-commissaris bij brief een aantal vragen aan partijen voorgelegd. De comparitie heeft plaatsgevonden ten overstaan van een raadsheer-commissaris. Uit het proces-verbaal van de comparitie en de schriftelijke aantekeningen die partijen ten behoeve van de comparitie hebben overgelegd, blijkt dat partijen de in de brief van de griffier gestelde vragen hebben beantwoord. Tevens blijkt daaruit dat partijen de comparitie hebben benut om hun stellingen toe te lichten.

4.1.4. Nu de door het hof gelaste comparitie mede is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten, had deze comparitie in deze meervoudig te beslissen zaak in beginsel dienen plaats te vinden ten overstaan van de drie

raadsheren die de beslissing zouden nemen. Van deze regel kon worden afgeweken door tijdig voor de comparitie (schriftelijk of elektronisch) aan partijen mee te delen dat, nu was bepaald dat de comparitie zou worden gehouden ten overstaan van een raadsheer-commissaris, partijen gelegenheid hadden om te verzoeken dat de comparitie zou worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zou nemen (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, rov. 3.5.1 en 3.6.2-3.6.3).'

(iv) *Niet snel afstand van recht*

2.22. Uw Raad heeft geoordeeld dat niet snel mag worden aangenomen dat partijen afstand hebben gedaan van hun recht om bij de comparitie hun stellingen toe te lichten ten overstaan van de meervoudige kamer die beslist. Zelfs als de mogelijkheid bestaat om pleidooi te verzoeken en dat niet is gedaan, of ter comparitie partijen hebben afgezien van die mogelijkheid, brengt dat niet mee dat partijen afstand hebben gedaan van voormeld recht, blijkt uit *FNV/...* en *Verzeke- rings Unie*.

2.23. In *FNV/...* is, na de hierboven geciteerde rechtsoverwegingen, als volgt overwogen:

'4.1.7. Aan het vorenstaande doet niet af dat partijen in een dagvaardingszaak, ook na een comparitie als de onderhavige, op de voet van art. 134 Rv alsnog om pleidooi ten overstaan van de meervoudige kamer kunnen verzoeken. Uit het enkele feit dat FNV niet om pleidooi heeft verzocht, kan niet worden afgeleid dat zij na de comparitie alsnog afstand heeft gedaan van het haar toekomende recht om bij de comparitie haar stellingen toe te lichten ten overstaan van de raadsheren die de beslissing zouden nemen.'

2.24. En in *Verzekering Unie*:

'3.6. (...) Uit de omstandigheid dat met partijen ter comparitie uitdrukkelijk is besproken of zij pleidooi wensen en zij daarvan op dat moment hebben afgezien, kan niet worden afgeleid dat de werknemer afstand heeft gedaan van het aan hem toekomende recht om bij de comparitie zijn stellingen toe te lichten ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zou nemen. Die afstand kan evenmin worden afgeleid uit het feit dat de werknemer na de comparitie niet om pleidooi heeft verzocht (vgl. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, rov. 4.1.7).'

2.25. In het hoger beroep voor *Werkgever/Werknemer* had al een mondelinge behandeling ten overstaan van de meervoudige kamer plaatsgevonden. Vervolgens is een comparitie (voortgezette behandeling) ten overstaan van een raadsheer-commissaris gepland. Nadat die was gehouden, is de eindbeschikking gewezen. In een tussenbeschikking had het hof het verzoek van één van partijen om een nadere mondelinge behandeling voor de meervoudige kamer afgewezen. Uw Raad heeft dit afgestraft, omdat het doel van de gelaste comparitie mede was dat partijen hun standpunt konden toelichten. In die zaak was dus daadwerkelijk een verzoek gedaan door één van de partijen.

2.26. Ik lees deze overwegingen zo, dat als duidelijk is dat partijen op grond van het doel c.q. de aard van een mondelinge behandeling, zoals eventueel mede bevestigd in het feitelijke verloop van de zitting, aanspraak kunnen maken op een mondelinge behandeling voor de meervoudige kamer, afstand van recht daarvan niet snel kan worden aangenomen.

²⁹ Zie citaat hiervoor in rov. 2.17.

(v) Comparitie na aanbrengen categorisch uitgesloten?

2.27. Uw Raad heeft in uitspraken over het onmiddellijkheidsbeginsel, zowel met betrekking tot de rechterswisseling als de unus-behandeling, een aantal keer overwogen dat de geformuleerde regels niet van toepassing zijn op de comparitie na aanbrengen. De comparitie na aanbrengen is een gebruikelijke (eerste) stap in hoger beroep, die veelal wordt gehouden nog voordat een memorie van grieven is ingediend. Hoewel soms praktisch gezien (in ieder geval deels) al wel duidelijk is waar de procedure in hoger beroep over zal gaan, is dat strikt genomen nog niet bekend. De memorie van grieven is in beginsel nog niet genomen en de rechtsstrijd in hoger beroep staat nog niet vast. Een goed inhoudelijk debat is dan nog niet mogelijk. Het betreft hier een voorlopige gedachteswisseling. Bij het beproeven van de mogelijkheid van een schikking is het haast onontkoombaar om de voorlopige standpunten af te tasten. Een comparitie na aanbrengen is naar haar aard daarmee bedoeld ter instructie van de zaak, om een schikking te beproeven en/of om inlichtingen in te winnen.

2.28. In [...]/*Gemeente Amsterdam* heeft uw Raad, in het kader van de rechterswisseling, het volgende overwogen:

'Ad (c) De comparitie na aanbrengen in hoger beroep

3.9. In de rechtspraak is nog de vraag gerezen in hoeverre de regels van het arrest van 2014 van toepassing zijn op een comparitie na aanbrengen in hoger beroep.

Een zodanige comparitie vindt plaats op een moment waarop nog geen sprake is geweest van een schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten, en dient veelal met name ertoe de mogelijkheid van een schikking te beproeven en afspraken over het procesverloop te maken. Bovendien kan na de stukkenwisseling nog een mondelinge behandeling plaatsvinden, waarop dan de regels van het arrest van 2014 van toepassing zijn. Daarom zien de regels van het arrest van 2014 niet op de comparitie na aanbrengen in hoger beroep.'

In aansluiting daarop heeft uw Raad ook in de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen 3.3.2 uit *de Stichting en SIPOR* bij de bespreking van de doelen van verschillende soorten mondelinge behandelingen overwogen dat (bijvoorbeeld) de comparitie na aanbrengen een ander doel heeft dan partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunten toe te lichten. Daaruit volgt dan dat de regels niet van toepassing zouden zijn.

2.29. In zijn JBPR-noot³⁰ onder [...]/*Gemeente Amsterdam* spreekt Van Rijssen twijfels uit over de algemene overweging daarin dat de regels niet van toepassing zijn op de comparitie na aanbrengen:

'De comparitie na aanbrengen

17. De Hoge Raad geeft in het hierboven gepubliceerde arrest in vrij absolute bewoordingen de regel dat de in HR 2014 gegeven regels niet van toepassing zijn op een rechterswisseling na een comparitie na aanbrengen. Als de comparitie na aanbrengen (uitsluitend) wordt gebruikt om een schikking te beproeven (de Hoge Raad overweegt dat) dan begrijp ik de hier gegeven regel. Kennisneming van zaken waarin van een comparitie na aanbrengen sprake is, leert echter dat tijdens deze comparities ook wel inhoudelijke standpunten worden gewisseld, verklaringen worden afgelegd en producties worden besproken, die hun weerklink vinden in het uiteindelijke arrest. Zie als willekeurige selectie uit recente rechtspraak: Hof Amsterdam 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2241 (r.o.

2.6); Hof Amsterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1228 (r.o. 5); Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:977; Hof Den Haag 28 april 2015, GHDHA:2015:968 (r.o. 5); Hof's- Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSE: 2015: 2020 (r.o. 7.4); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8126, (r.o. 5.5). Nu het onmiddellijkheidsbeginsel het fundamentele beginsel is op grond waarvan de zittingsrechters dezelfde dienen te zijn als de rechters die op basis van die informatie beslissen, is het de vraag in hoeverre de inbreukregels geen toepassing dienen te hebben op comparities na aanbrengen waarin inhoudelijk informatie wordt verkregen die in een navolgende uitspraak wordt gebruikt.'

2.30. Ik lees deze jurisprudentie zo, dat de regels niet van toepassing zijn op een 'gewone' comparitie na aanbrengen, omdat die qua doelen inderdaad buiten de geformuleerde reikwijdte van de regels valt. Daarbij is wel van belang dat het ook daadwerkelijk een dergelijke comparitie na aanbrengen is. Als een zitting wordt ingepland met een ruimer doel, dan zullen in lijn met *FNV/[...]* en *Werkgever/Werknemer* de regels wel van toepassing zijn. Dat is niet anders als naast het ruimere doel de aanduiding comparitie na aanbrengen wordt gebruikt. De overwegingen voorafgaand aan de uitsluiting van de comparitie na aanbrengen, met bewoordingen als 'veelal', 'met name' laten die ruimte mijns inziens. Ik kan mij daarom wel vinden in de benadering van uw Raad.

(vi) Regels voor een 'ontspoorde' comparitie na aanbrengen

2.31. Zoals al opgemerkt, zien de in de jurisprudentie geformuleerde regels op de situatie waarbij voorafgaand aan de mondelinge behandeling wordt bepaald dat sprake zal zijn van een unus-behandeling waarvan het doel (mede) inhoudelijke behandeling is. Maar wat geldt als een geplande unus-behandeling weliswaar niet tot *doel* had dat partijen hun standpunten zouden kunnen toelichten, maar dat feitelijk wel gebeurt? Het is mogelijk dat de rechter partijen daar onverwacht toe uitnodigt, maar ook dat (één van) partijen zijn/hun kans grijpt/en.

2.32. Op grond van het vooraf geformuleerde doel had het gerecht niet de verplichting partijen te wijzen op de mogelijkheid van een meervoudige behandeling. Anders dan bij een rechterswisseling, speelt hier niet dat de relevante gebeurtenis(sen) aan het zicht van partijen zijn onttrokken. Daarom is het misschien ook niet problematisch om het initiatief bij partijen te leggen, in die zin dat zij zelf actie moeten ondernemen als zij vinden dat bij de unus-behandeling dingen zijn besproken die ten overstaan van de hele zetel hadden moeten plaatsvinden. Dit heeft ook praktische voordelen, wat betreft enerzijds de kritiek op het onderscheid tussen het verschaffen van inlichtingen en het toelichten van standpunten en anderzijds de vraag of partijen wel behoefte hebben aan een herhaling van de zitting voor de meervoudige kamer. Als een partij meent dat hij/zij daar aanspraak op kan maken, omdat standpunten werden toegelicht, én die behoefte heeft, dan staat hem/haar niks in de weg een verzoek te doen. Dat lijkt me praktischer dan dat het gerecht bij elke comparitie na aanbrengen op eigen initiatief moet beoordelen of feitelijk de 'grens' van een inhoudelijke behandeling is overschreden en mededeling moet doen, terwijl mogelijk niet eens behoefte is aan een 'herkansing'.

2.33. Van belang is ook op te merken dat de 'normale' inhoudelijke behandeling bij een comparitie na aanbrengen, inclusief schriftelijke stukkenwisseling en mogelijk een mondelinge behandeling, nog gaan plaatsvinden. De comparitie vindt

30 JBPR 2016/46, rn. 17. Zie daarover ook Asser in zijn noot onder NJ 2019/147.

(v) Comparitie na aanbrengen categorisch uitgesloten?

2.27. Uw Raad heeft in uitspraken over het onmiddellijkheidsbeginsel, zowel met betrekking tot de rechterswisseling als de unus-behandeling, een aantal keer overwogen dat de geformuleerde regels niet van toepassing zijn op de comparitie na aanbrengen. De comparitie na aanbrengen is een gebruikelijke (eerste) stap in hoger beroep, die veelal wordt gehouden nog voordat een memorie van grieven is ingediend. Hoewel soms praktisch gezien (in ieder geval deels) al wel duidelijk is waar de procedure in hoger beroep over zal gaan, is dat strikt genomen nog niet bekend. De memorie van grieven is in beginsel nog niet genomen en de rechtsstrijd in hoger beroep staat nog niet vast. Een goed inhoudelijk debat is dan nog niet mogelijk. Het betreft hier een voorlopige gedachteswisseling. Bij het beproeven van de mogelijkheid van een schikking is het haast onontkoombaar om de voorlopige standpunten af te tasten. Een comparitie na aanbrengen is naar haar aard daarmee bedoeld ter instructie van de zaak, om een schikking te beproeven en/of om inlichtingen in te winnen.

2.28. In [...]/*Gemeente Amsterdam* heeft uw Raad, in het kader van de rechterswisseling, het volgende overwogen:

'Ad (c) De comparitie na aanbrengen in hoger beroep

3.9. In de rechtspraak is nog de vraag gerezen in hoeverre de regels van het arrest van 2014 van toepassing zijn op een comparitie na aanbrengen in hoger beroep.

Een zodanige comparitie vindt plaats op een moment waarop nog geen sprake is geweest van een schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten, en dient veelal met name ertoe de mogelijkheid van een schikking te beproeven en afspraken over het procesverloop te maken. Bovendien kan na de stukkenwisseling nog een mondelinge behandeling plaatsvinden, waarop dan de regels van het arrest van 2014 van toepassing zijn. Daarom zien de regels van het arrest van 2014 niet op de comparitie na aanbrengen in hoger beroep.'

In aansluiting daarop heeft uw Raad ook in de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen 3.3.2 uit *de Stichting en SIPOR* bij de bespreking van de doelen van verschillende soorten mondelinge behandelingen overwogen dat (bijvoorbeeld) de comparitie na aanbrengen een ander doel heeft dan partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunten toe te lichten. Daaruit volgt dan dat de regels niet van toepassing zouden zijn.

2.29. In zijn JBPR-noot³⁰ onder [...]/*Gemeente Amsterdam* spreekt Van Rijssen twijfels uit over de algemene overweging daarin dat de regels niet van toepassing zijn op de comparitie na aanbrengen:

'De comparitie na aanbrengen

17. De Hoge Raad geeft in het hierboven gepubliceerde arrest in vrij absolute bewoordingen de regel dat de in HR 2014 gegeven regels niet van toepassing zijn op een rechterswisseling na een comparitie na aanbrengen. Als de comparitie na aanbrengen (uitsluitend) wordt gebruikt om een schikking te beproeven (de Hoge Raad overweegt dat) dan begrijp ik de hier gegeven regel. Kennisneming van zaken waarin van een comparitie na aanbrengen sprake is, leert echter dat tijdens deze comparities ook wel inhoudelijke standpunten worden gewisseld, verklaringen worden afgelegd en producties worden besproken, die hun weerklink vinden in het uiteindelijke arrest. Zie als willekeurige selectie uit recente rechtspraak: Hof Amsterdam 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2241 (r.o.

2.6); Hof Amsterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1228 (r.o. 5); Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:977; Hof Den Haag 28 april 2015, GHDHA:2015:968 (r.o. 5); Hof's- Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSE: 2015: 2020 (r.o. 7.4); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8126, (r.o. 5.5). Nu het onmiddellijkheidsbeginsel het fundamentele beginsel is op grond waarvan de zittingsrechters dezelfde dienen te zijn als de rechters die op basis van die informatie beslissen, is het de vraag in hoeverre de inbreukregels geen toepassing dienen te hebben op comparities na aanbrengen waarin inhoudelijk informatie wordt verkregen die in een navolgende uitspraak wordt gebruikt.'

2.30. Ik lees deze jurisprudentie zo, dat de regels niet van toepassing zijn op een 'gewone' comparitie na aanbrengen, omdat die qua doelen inderdaad buiten de geformuleerde reikwijdte van de regels valt. Daarbij is wel van belang dat het ook daadwerkelijk een dergelijke comparitie na aanbrengen is. Als een zitting wordt ingepland met een ruimer doel, dan zullen in lijn met *FNV/[...]* en *Werkgever/Werknemer* de regels wel van toepassing zijn. Dat is niet anders als naast het ruimere doel de aanduiding comparitie na aanbrengen wordt gebruikt. De overwegingen voorafgaand aan de uitsluiting van de comparitie na aanbrengen, met bewoordingen als 'veelal', 'met name' laten die ruimte mijns inziens. Ik kan mij daarom wel vinden in de benadering van uw Raad.

(vi) Regels voor een 'ontspoorde' comparitie na aanbrengen

2.31. Zoals al opgemerkt, zien de in de jurisprudentie geformuleerde regels op de situatie waarbij voorafgaand aan de mondelinge behandeling wordt bepaald dat sprake zal zijn van een unus-behandeling waarvan het doel (mede) inhoudelijke behandeling is. Maar wat geldt als een geplande unus-behandeling weliswaar niet tot *doel* had dat partijen hun standpunten zouden kunnen toelichten, maar dat feitelijk wel gebeurt? Het is mogelijk dat de rechter partijen daar onverwacht toe uitnodigt, maar ook dat (één van) partijen zijn/hun kans grijpt/en.

2.32. Op grond van het vooraf geformuleerde doel had het gerecht niet de verplichting partijen te wijzen op de mogelijkheid van een meervoudige behandeling. Anders dan bij een rechterswisseling, speelt hier niet dat de relevante gebeurtenis(sen) aan het zicht van partijen zijn onttrokken. Daarom is het misschien ook niet problematisch om het initiatief bij partijen te leggen, in die zin dat zij zelf actie moeten ondernemen als zij vinden dat bij de unus-behandeling dingen zijn besproken die ten overstaan van de hele zetel hadden moeten plaatsvinden. Dit heeft ook praktische voordelen, wat betreft enerzijds de kritiek op het onderscheid tussen het verschaffen van inlichtingen en het toelichten van standpunten en anderzijds de vraag of partijen wel behoefte hebben aan een herhaling van de zitting voor de meervoudige kamer. Als een partij meent dat hij/zij daar aanspraak op kan maken, omdat standpunten werden toegelicht, én die behoefte heeft, dan staat hem/haar niks in de weg een verzoek te doen. Dat lijkt me praktischer dan dat het gerecht bij elke comparitie na aanbrengen op eigen initiatief moet beoordelen of feitelijk de 'grens' van een inhoudelijke behandeling is overschreden en mededeling moet doen, terwijl mogelijk niet eens behoefte is aan een 'herkansing'.

2.33. Van belang is ook op te merken dat de 'normale' inhoudelijke behandeling bij een comparitie na aanbrengen, inclusief schriftelijke stukkenwisseling en mogelijk een mondelinge behandeling, nog gaan plaatsvinden. De comparitie vindt

30 JBPR 2016/46, rn. 17. Zie daarover ook Asser in zijn noot onder NJ 2019/147.

in een vroeg stadium van de procedure plaats, terwijl de rechtsstrijd in hoger beroep nog niet is afgebakend. Het betreft, zoals ik eerder al benadrukte, een voorlopige gedachte-wisseling.

2.34. Het kan nuttig zijn ook met een schuin oog te kijken naar de regels die uw Raad heeft geformuleerd voor gevallen waarin een rechterswisseling aan de orde is. Het verschil dat bij een rechterswisseling de mondelinge behandeling al heeft plaatsgevonden en voorafgaand aan een daaropvolgende uitspraak moet worden bepaald hoe met de wisseling om te gaan, terwijl bij een 'gewone' unus-behandeling voorafgaand aan de mondelinge behandeling al duidelijk is dat partijen de gelegenheid zullen krijgen hun standpunten toe te lichten, doet zich hier niet voor.

2.35. Die regels zijn niet per sé heel eenvoudig. Bovendien klinkt er, zoals gezegd, de nodige kritiek op. Die kritiek ziet op de het feit dat het initiatief op enig moment bij partijen komt te liggen, terwijl (kennis van) de omstandigheid waar het om draait, de rechterswisseling, in de sfeer van het gerecht ligt. Partijen zullen, om tijdig op de hoogte te komen van een rechterswisseling, daarover soms navraag moeten doen bij het gerecht. Dat is anders in de situatie waarin een unus-behandeling heeft plaatsgevonden, waarbij in afwijking van het oorspronkelijke *doel* van de zitting partijen toch de gelegenheid hebben gekregen hun standpunten toe te lichten. Zij zijn daarvan uiteraard op de hoogte. Het is denkbaar dat zij menen dat er aanleiding bestaat om een mondelinge behandeling ten overstaan van de volledige zetel te verzoeken. Het onmiddellijkheidsbeginsel zelf is dan aan de orde. Daarnaast is denkbaar dat partijen menen dat hun toelichting onvoldoende uit de verf kwam. Zij waren immers niet voorbereid op een mondelinge behandeling die tot doel had dat zij hun standpunten zouden toelichten. Ik meen dat er op grond daarvan veel voor te zeggen is dat van partijen in een dergelijke situatie verwacht mag worden dat zij zelf aan de bel trekken.

2.36. Van een comparitie na aanbrenge wordt een – meestal kort – proces-verbaal opgemaakt dat aan partijen wordt verstrekt en in het dossier wordt gevoegd. In de schriftelijke toelichting onder punt 3 is door [eisers] opgemerkt dat in deze zaak een uitvoerig proces-verbaal werd opgesteld dat nog voordat de memorie van grieven werd ingediend opgemaakt is en aan de procespartijen toegestuurd.

Conclusie

2.37. Op basis van het voorgaande kom ik tot de volgende slotsom. Centraal staat wat het *doel* van de mondelinge behandeling blijkt de aankondiging was. Bij een comparitie na aanbrenge is dat doel duidelijk in het tussenarrest omschreven. Deze comparitie vindt ook plaats in een stadium van de procedure, waarbij in beginsel de rechtsstrijd in hoger beroep nog niet is afgebakend. Als in afwijking van het doel bij de mondelinge behandeling door de raadsheer-commissaris feitelijk toch gelegenheid wordt geboden om standpunten toe te lichten, dan is het aan partijen om desgewenst nadien een verzoek te doen om een mondelinge behandeling ten overstaan van de meervoudige kamer. Dit verzoek kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de beslissing worden vermeld. Er zal dan een proces-verbaal van de zitting aan partijen en de meervoudige kamer moeten worden gezonden, voordat de (eind)beslissing wordt genomen.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel omvat twee onderdelen. Het eerste onderdeel klaagt dat het hof het hiervoor besproken onmid-

dellijkheidsbeginsel heeft geschonden. Het tweede onderdeel klaagt dat het hof [eisers] ten onrechte niet heeft toegelaten tot levering van (tegen)bewijs.

3.2. *Onderdeel I* klaagt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (althans haar beslissing onvoldoende gemotiveerd) door in het bestreden arrest een einduitspraak te doen zonder daaraan voorafgaand de procespartijen te wijzen op hun recht om een mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de raadsheren die in een meervoudige kamer over deze zaak zouden gaan beslissen.

3.3. [eisers] voert daartoe aan dat de gehouden comparitie mede is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten. Daarom had deze in beginsel gehouden moeten worden ten overstaan van alle raadsheren die over de zaak zouden gaan beslissen, of had de bedoelde mededeling gedaan moeten worden.

3.4. Enerzijds is duidelijk dat de comparitie niet is gehouden ten overstaan van alle raadsheren en dat de bedoelde mededeling niet is gedaan. Anderzijds is duidelijk dat het een comparitie na aanbrenge betrof, voorafgaand aan het nemen van de memorie van grieven, en dat het doel, zoals dat voorafgaand in het tussenarrest was vermeld, niet mede was om partijen hun standpunten toe te laten lichten.

3.5. De hiervoor besproken zes regels met betrekking tot de unus-behandeling uit de jurisprudentie, zien (vooral) op de stappen *voorafgaand* aan een mondelinge behandeling waarbij het doel (mede) is partijen gelegenheid te geven hun standpunten toe te lichten. De gehouden mondelinge behandeling had, bij het inplannen daarvan niet (kenbaar) tot *doel* partijen de gelegenheid te geven hun standpunten toe te lichten. De betreffende regels waren in zoverre niet van toepassing. Het onderdeel zoekt, zo meen ik te begrijpen, met de woorden 'mede is benut' aansluiting bij de uitspraak in *FNV/[...]*, waar uw Raad in rov. 4.1.⁴¹ ook overweegt dat de mondelinge behandeling mede *is benut* om partijen in gelegenheid te stellen hun standpunten toe te lichten. Ik zie dit vooral in onderling verband met rechtsoverweging 4.1.3 daarvoor, waar uw Raad overweegt dat in de *aankondiging* in het tussenarrest niet is bepaald dat de comparitie uitsluitend strekte tot het beproeven van een schikking dan wel het verkrijgen van inlichtingen anders dan in deze zaak. Mede daarom meen ik (zie ro. 2.21) dat daar het doel en niet het feitelijke verloop het centrale criterium was.

3.6. Hier is echter een situatie aan de orde waar *feitelijk* wel ruimte is geweest om standpunten toe te lichten, althans dat het proces-verbaal die indruk wekt, zonder dat dit al uit het geformuleerde doel bleek. De regels uit de jurisprudentie over de unus-behandeling voorzien daar niet in.

3.7. [eiser 1], [verweerder] en hun advocaten hebben, mede naar aanleiding van stukken die voorafgaand aan de comparitie zijn overgelegd, verklaringen afgelegd die betrekking hebben op de vraag of en wanneer de schutting, de heg en de schuur zouden zijn geplaatst, verplaatst of verwijderd en de vraag of al dan niet een (brand)gang bij de perceelgrens had gelopen. Ook hebben zij stellingen betrokken over bijvoorbeeld de vraag of het voor [betrokkene 1] (de rechtsvoorganger van [eisers]) kenbaar was dat (de rechtsvoorganger van [verweerder]) zich als bezitter was gaan gedragen en over de juridische kwalificatie van een eventuele vergissing over de locatie van de erfgrans. Hoe dit precies is verlopen – of zij bijvoorbeeld vrijelijk hebben kunnen pleiten, of slechts vra-

31 Zie rov. 2.21 hiervoor.

gen hebben beantwoord – valt niet zonder meer uit het proces-verbaal op te maken. Wel meen ik dat wat is gebeurd praktisch gezien meer is geweest dan een voorlopige gedachteswisseling en wellicht meer kwalificeert als het toelichten van de eigen standpunten, ook al was dit voorafgaand aan het nemen van de memorie van grieven. In zoverre meen ik dat achteraf bezien feitelijk geen sprake was van een gewone comparitie na aanbrengen.

3.8. Ik heb hiervoor bij de bespreking van het juridisch kader met betrekking tot dergelijke situaties betoogt dat partijen dan eventueel een verzoek kunnen doen om een meervoudige behandeling, maar dat het initiatief daarvoor ook bij partijen ligt. Daar hebben zij geen gebruik van gemaakt.

3.9. Voor de volledigheid merk ik nog het volgende op. Van de comparitie is een proces-verbaal opgemaakt dat, zo begrijp ik, voor het wijzen van het arrest is gedeeld met partijen en de meervoudige kamer en nadien heeft nog een schriftelijke stukkenwisseling plaatsgevonden. In zoverre waren alle behandelend raadsheren op de hoogte van wat ter zitting is besproken en hebben partijen ruimte gekregen schriftelijk te reageren op wat ter zitting is besproken. Er heeft echter geen mondelinge behandeling meer plaatsgevonden.

3.10. Op grond van het voorgaande meen ik dat het onderdeel in alle opzichten faalt.

3.11. Voor zover het onderdeel klaagt dat voorafgaand aan de mondelinge behandeling aan partijen had moeten worden meegedeeld dat zij de gelegenheid hadden om te verzoeken om een meervoudige behandeling, miskent het dat sprake was van een comparitie na aanbrengen waarvan het *doel*, zoals dat voorafgaand aan de zitting was geformuleerd, niet inhield dat partijen hun standpunten zouden mogen toelichten.

3.12. De subsidiaire klacht dat het hof ten onrechte niet heeft gemotiveerd waarom deze gelegenheid niet is geboden, faalt ook. De klacht gaat uit van een motiveringseis voor het hof. Uit de jurisprudentie volgt die met name voor situaties dat een verzoek van (één der) partijen voor een mondelinge behandeling ten overstaan van de meervoudige kamer wordt afgewezen. Een dergelijk verzoek is niet gedaan en is dus in zoverre ook niet afgewezen. Voor zover de klacht meent dat het hof ook zonder (afwijzing van) een dergelijk verzoek had moeten motiveren waarom geen gelegenheid voor een meervoudige behandeling zou worden geboden, is het mijns inziens ten onrechte gebaseerd op het uitgangspunt dat bij een ‘ontspoorde’ comparitie na aanbrengen het initiatief bij het gerecht ligt.

3.13. *Onderdeel II* is gericht tegen het door het hof passeren van het standaard geformuleerde, algemene bewijsaanbod van [eisers]³² in rov. 30, welke overweging als volgt luidt (met het relevante deel daarvan door mij gecursiveerd):

‘Nu alle grieven falen zal het hof het vonnis van de rechtbank in conventie en in reconventie bekrachtigen en de in appel vermeerderde eis afwijzen. *Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, omdat Van Staten c.s. geen voldoende specifiek bewijsaanbod heeft gedaan dat als het succes heeft, tot een ander oordeel zou kunnen leiden.* [eisers] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.’

Het onderdeel klaagt dat

(i) het hof hier heeft miskend dat tegenbewijs vrijstaat zodat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet behoeft te worden gespecificeerd. Het onderdeel vermeldt daarbij overigens dat het hof in rov. 13 met juistheid heeft overwogen dat de stel- en bewijsplicht van de verkrijgende verjaring op [verweerder] rusten;

(ii) indien het hof het aanbod heeft gepasseerd op grond van een prognose over het resultaat van de bewijslevering, het eveneens is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting;

(iii) althans de beslissing om [eisers] niet tot het leveren van tegenbewijs toe te laten zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is, omdat zijn stellingen voldoende feitelijk waren onderbouwd. Het onderdeel vermeldt hier dat het hof in rov. 21, 25 en 26 heeft geconcludeerd dat sprake was van een onvoldoende onderbouwing. In een voetnoot van de procesinleiding (nr. 2) wordt aangegeven dat het hof in rov. 12, 15, 17-20, 22, 24 en 26 een samenvatting geeft van de verweren van [eisers] en dat reeds uit deze samenvatting blijkt dat [eisers] een voldoende onderbouwd verweer heeft gevoerd. Daarnaast bevat de voetnoot een verwijzing naar de memorie van grieven van [eisers] onder de nummers 10-13, 15, 16, 18-33;

(iv) het oordeel van het hof ook onbegrijpelijk is omdat het tegenbewijsaanbod, indien het succes zou hebben, wel tot een ander oordeel had kunnen leiden.

3.14. [eisers] heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. De grieven 4 en 5 bouwen voort op de eerste drie grieven (en vinden hun onderbouwing slechts in die eerdere grieven), en hebben dus geen zelfstandige betekenis. Ten aanzien van de eerste drie grieven heeft het hof – heel kort weergegeven – als volgt geoordeeld. Over de eerste en tweede grief (met toegevoegde cursivering, A-G):

‘12. De eerste twee grieven van [eisers] zijn gericht tegen rov. 4.6 van het vonnis. [eisers] bestrijdt de vaststelling van de rechtbank dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vroeger de schutting heeft gestaan. Daartoe voert hij het volgende aan. (...)’

(...)

21. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat, nu de stellingen van [verweerder] door hem voldoende zijn onderbouwd *en door [eisers] onvoldoende (gemotiveerd) zijn betwist*, vast staat dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Daarom falen grieven 1 en 2 van [eiser 1]. (...)’

3.15. Over de derde grief (wederom met toegevoegde cursivering, A-G):

‘22. Met zijn derde grief komt [eisers] op tegen het oordeel van de rechtbank dat [verweerder] door verkrijgende verjaring eigenaar is geworden van de betwiste strook grond. Tegen dat oordeel voert [eisers] het volgende aan. Het enkele gebruik van de betwiste strook grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers is onvoldoende voor verkrijgende verjaring. Dat gebruik werd gedoogd door [betrokkene 1], die zelf de schutting vóór de erfgrans had geplaatst, zonder dat zij de eigendom van de strook grond heeft prijsgegeven. Uit dat gebruik was dan ook voor [betrokkene 1] niet kenbaar dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers de strook grond in bezit hadden genomen. Pas toen [verweerder] de schuur heeft gebouwd in 2001, vond een feitelijke machtsuitoefening plaats die gericht was op inbezitneming. De termijn van 20 jaar voor verkrijgende verjaring is dus nog niet verstreken, aldus [eisers]

(...)

32 Zie memorie van grieven, nr. 43: ‘[eisers] biedt aan al zijn stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens, zonder een zwaardere bewijslast te aanvaarden dan uit artikel 150 Rv op hem rust.’

24. (...) Nadat de schutting was geplaatst, hadden [betrokkene 1] en haar rechtsopvolg(st)ers geen toegang meer tot de strook grond achter de schutting. [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers hadden dus het exclusieve gebruik van de strook grond. Dat zich ten tijde van het bouwen van de schuur op de strook grond enkel wildgroei bevond (zoals [eisers] nog heeft aangevoerd) *maakt* onder de omstandigheden van dit concrete geval daarom *niet dat geen sprake was van bezit*.

25. De stelling van van [eisers] dat de rechtsvoorgang(st)ers van [verweerder] de strook grond niet (exclusief) hebben kunnen gebruiken vanwege de aanwezigheid van een voor derden toegankelijke brandgang achter het perceel van [verweerder] (en vóór de strook grond), is door [verweerder] gemotiveerd betwist – onder verwijzing naar verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 5] die beiden hebben verklaard dat er nooit zo'n brandgang is geweest – en heeft [eisers] ook in hoger beroep *niet onderbouwd*.

26. Door het exclusieve gebruik van de grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers in combinatie met de aanwezigheid van een erfafscheiding, moet voor [betrokkene 1] kenbaar zijn geweest dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers de feitelijke macht over de strook grond uitoefenden met de pretentie eigenaar te zijn. *Het feit dat de schutting door [betrokkene 1] zelf is gebouwd maakt dat niet anders*. De stelling van [eisers] dat [betrokkene 1] het gebruik van de strook grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers slechts heeft gedoogd zonder de eigendom ervan prijs te geven, heeft [eisers] *niet onderbouwd*. *In het bijzonder heeft [eisers] geen enkele omstandigheid genoemd die erop wijst dat [betrokkene 1] haar eigendomsrechten zeker heeft gesteld nadat de schutting is geplaatst en [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers exclusief gebruik van de strook grond zijn gaan maken. Integendeel, uit het verzoek van [betrokkene 1] om de schutting op precies dezelfde plek terug te plaatsen, kan worden afgeleid dat ook [betrokkene 1] deze schutting als erfgrans beschouwde* (zie rov. 4 van dit arrest onder c)).

3.16. Uit deze citaten uit het bestreden arrest maak ik op dat het hof alle stellingen waarmee [eisers] de stellingen van [verweerder] heeft betwist *ofwel* onvoldoende onderbouwd heeft geacht, *ofwel* als niet ter zake doende heeft aangemerkt (dus als stellingen die – als daarvan zou worden uitgegaan – niet tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, en dus in feite geen betwisting van de relevante stellingen van [verweerder] inhielden). Het resultaat van beide kwalificaties is dat er volgens het hof sprake is van een onvoldoende onderbouwde betwisting van de stellingen van [verweerder]. In dat geval wordt aan bewijslevering niet toegekomen.³³ De conclusie van het hof om het bewijsaanbod van [eisers] af te wijzen, is hiervan dan enkel nog een logisch uitvloeisel.

3.17. Over het onderdeel kan ik dan, althans voor een deel, kort zijn. Het hof heeft het bewijsaanbod van [eiser 1] niet gepasseerd omdat het heeft miskend dat het een aanbod tot tegenbewijs betrof (dat volgt al uit het onderdeel zelf, nu dat vermeldt dat het hof de stel- en bewijsplicht juist heeft verdeeld) en ook niet omdat het heeft miskend dat een aanbod tot tegenbewijs niet behoeft te worden gespecificeerd (i). Ik geef toe dat de formulering in rov. 30 ('geen voldoende specifiek bewijsaanbod' en 'dat als het succes heeft, tot een ander oordeel zou kunnen leiden') niet erg helder is op dit punt, maar uit het daaraan voorafgaande kan mijns inziens toch

geen andere conclusie worden getrokken dan dat het hof het bewijsaanbod niet heeft gepasseerd omdat het aanbod zelf niet voldoende specifiek of ter zake doende was, maar omdat de betwisting van [eisers] onvoldoende (onderbouwd) was met zich voor bewijslevering lenende stellingen of zich op niet ter zake doende feiten richtte en dus geen daadwerkelijke (relevante) betwisting inhield. De argumentatie van het hof wordt – in deze zin begrepen – bestreden met de delen van het onderdeel die ik hierboven met (iii) en (iv) heb aangeduid (daarover de volgende paragrafen). Het hof heeft daarmee dus ook geen prognose gegeven over het resultaat van de bewijslevering (ii). De punten (i) en (ii) missen derhalve feitelijke grondslag.

3.18. Voor zover het onderdeel er – in punt (iii) – tegen is gericht dat het hof de betwisting van [eisers] als onvoldoende (feitelijk) onderbouwd heeft aangemerkt, betreft dit een feitelijk oordeel, dat aan de feitenrechter is voorbehouden en in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst. Dat bepleit het onderdeel ook, nu het stelt dat dit oordeel van het hof om die redenen *onbegrijpelijk* is. Het onderdeel valt daarmee niet de (juiste) rechtsopvatting aan dat een bewijsaanbod kan (en moet) worden gepasseerd indien en voor zover de stellingen waarop een bewijsaanbod betrekking heeft – in het licht van het partijdebat en de (onderbouwde) stellingen en betwistingen daarin door de partijen over en weer – onvoldoende zijn onderbouwd, en dat dit eveneens geldt voor een tegenbewijsaanbod indien en voor zover de stellingen van de wederpartij van degene die het aanbod doet, onvoldoende (onderbouwd) worden betwist. Ook bevat het onderdeel in punt (iii), en ook in punt (iv), geen andere rechtsklachten.

3.19. Volgens het onderdeel is het oordeel van het hof – dat de stellingen van [eisers] (die zijn betwisting inhouden van het standpunt van [verweerder]) onvoldoende feitelijk zijn onderbouwd – dus onbegrijpelijk (punt iii). Het geeft echter niet aan *waarom* dit zo zou zijn, maar vermeldt slechts dat de stellingen van [eisers] wél voldoende feitelijk waren onderbouwd. De enige toelichting op dit standpunt is te vinden in voetnoot 2 van de procesinleiding in cassatie, waarin, als gezegd, staat dat het hof in rov. 12, 15, 17-20, 22, 24 en 26 een samenvatting geeft en dat reeds uit deze samenvatting blijkt dat [eisers] een voldoende onderbouwd verweer heeft gevoerd, en in het algemeen verwezen wordt naar (grote delen uit) de memorie van grieven. Waarom hieruit blijkt dat het hof begrijpelijkerwijs niet heeft kunnen concluderen dat de betwisting van [eisers] onvoldoende onderbouwd is, vermeldt het onderdeel niet. Het onderdeel geeft bijvoorbeeld niet aan dat er nog andere, niet door het hof in aanmerking genomen stellingen door [eisers] zijn betrokken, waarmee zijn betwistingen werden onderbouwd (en welke dat dan zijn). Mij wordt in de meeste gevallen ook niet zonder meer duidelijk dat het hof daartoe niet heeft kunnen concluderen, hoewel dat – gelet op het feit dat het onderdeel hierop verder geen toelichting geeft – volgens het onderdeel kennelijk direct duidelijk zou moeten zijn. In rov. 26 oordeelt het hof bijvoorbeeld dat de stelling van [eisers] dat [betrokkene 1] het gebruik van de strook grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers slechts heeft gedoogd zonder de eigendom ervan prijs te geven, door hem niet is onderbouwd. Het hof specificeert nog dat door [eisers] geen enkele omstandigheid is genoemd die erop wijst dat [betrokkene 1] haar eigendomsrechten zeker heeft gesteld nadat de schutting is geplaatst en [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers exclusief gebruik van de strook grond zijn gaan maken. Volgens het hof kan uit het verzoek van [betrokkene 1] om de schutting op precies dezelfde plek terug te plaatsen

³³ Vgl. bijv. HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4841, NJ 2005/269.

integendeel juist worden afgeleid dat ook hij de schutting als erfgrans beschouwde. Het hof heeft in dit licht de betwisting van [eisers] van de stelling van [verweerder] dat er sprake was van bezit dus als onvoldoende onderbouwd beoordeeld. Dat oordeel komt mij zonder nadere toelichting niet (direct) onbegrijpelijk voor. Het onderdeel geeft ook niet aan dat er bijvoorbeeld wél een omstandigheid is genoemd die erop wijst dat [betrokkene 1] haar eigendomsrechten zeker heeft gesteld. In rov. 25 komt de stelling van [eisers] aan de orde dat er een voor derden toegankelijke brandgang achter het perceel van [verweerder] (en vóór de strook grond) zou zijn. In eerste aanleg had de rechtbank hierover (in rov. 4.10-4.11) al geoordeeld dat [eisers] in het licht van de door de rechtbank genoemde gemotiveerde betwisting door [verweerder] – die inhield dat hij aan het einde van de huizenrij woont en dat voor zover er een strook grond feitelijk als achterom werd gebruikt, hij zelf de enige was die de betwiste strook grond als achterom gebruikte – niet kon volstaan met de blote stelling dat er sprake was van een brandgang en hij op dit punt niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Het hof overweegt vervolgens ook dat deze stelling door [verweerder] gemotiveerd is betwist en dat [eisers] de stelling ook in hoger beroep niet heeft onderbouwd. Het onderdeel geeft niet aan waarom het hof dat in dit geval begrijpelijkwijls niet heeft kunnen aannemen, bijvoorbeeld door te vermelden dat en waarmee [eisers] dat (in eerste aanleg of) in hoger beroep wel degelijk nader heeft onderbouwd.

3.20. Ook voor zover het onderdeel er – in punt (iv) – tegen is gericht dat het hof de betwisting van [eisers] als niet ter zake dienend heeft aangemerkt, acht het onderdeel dit oordeel van het hof onbegrijpelijk, maar geeft het – in het geheel – niet aan waarom dit oordeel onbegrijpelijk zou zijn en gaat het niet in op de argumentatie van het hof voor zijn oordelen in rov. 24 en 26 met betrekking tot het niet ter zake doen.

In rov. 24 legt het hof uit waarom de stelling van [eisers] dat zich ten tijde van het bouwen van de schuur op de strook grond enkel wildgroei bevond onder de omstandigheden van dit concrete geval – waarin [verweerder] en zijn rechtsvoorgang(st)ers het exclusieve gebruik hadden van de strook grond – volgens het hof niet tot een ander oordeel kan leiden (namelijk: niet tot het oordeel kan leiden dat geen sprake was van bezit). Daar brengt het onderdeel niets tegen in. Niet valt in te zien waarom dit oordeel dan (zonder meer) onbegrijpelijk zou zijn (nog los van het feit dat het hier mijns inziens in beginsel om een rechtsoordeel gaat, maar in die zin wordt hierover in cassatie in ieder geval niet geklaagd).

In rov. 26 doet het hof iets soortgelijks met betrekking tot de stelling dat de schutting door [betrokkene 1] zelf is gebouwd. Ook die overweging acht ik niet (zonder meer) onbegrijpelijk (en hier geldt hetzelfde met betrekking tot het ontbreken van een daartegen gerichte rechtsklacht).

3.21. Om deze reden voldoet het onderdeel op deze punten niet aan de eisen die daaraan op grond van art. 407 lid 2 Rv. kunnen worden gesteld, en kan het niet slagen.

3.22. Met betrekking tot rov. 21 kom ik echter tot een andere conclusie. Daartoe kom ik op grond van het volgende. In rov. 12-20 heeft het hof de eerste twee grieven van [eisers] beoordeeld, en in het kader daarvan de – voor een geslaagd beroep op verkrijgende verjaring essentiële – stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur op de plaats staat waar vroeger de schutting heeft gestaan, en de betwisting hiervan door [eisers] De in rov. 21 opgenomen eindconclusie daarvan luidt dat het hof van oordeel is dat, nu de stellingen van [verweerder] door hem voldoende zijn onderbouwd en door [ei-

sers] onvoldoende (gemotiveerd) zijn betwist, vast staat dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, en de grieven 1 en 2 van [eisers] falen.

Daartoe is het hof echter (slechts) gekomen door de door beide partijen ter ondersteuning van hun standpunten ingediende schriftelijke bewijsmiddelen (in rov. 15-20) te toetsen, waarden en tegen elkaar af te wegen. Aan de zijde van [eisers] betrof dit een (met een foto uit 2016 vergeleken) foto uit 1988 en op basis daarvan gemaakte reconstructies (rov. 12, 17 en 20), aan de zijde van [verweerder] betrof dit een viertal getuigenverklaringen van omwonenden en een contra-expertise (rov. 14 en 19). In feite betreft het hier niet meer of minder dan een voorlopige bewijswaardering door het hof, op grond waarvan het hof mijns inziens niet kon komen tot de conclusie dat sprake was van onvoldoende betwisting, maar op grond waarvan het hof in wezen tot het oordeel is gekomen (althans had kunnen komen) dat het op voorhand bewezen acht dat de achtermuur van de schuur op de plaats staat waar vroeger de schutting heeft gestaan. Het gaat niet om de onderbouwing met stellingen, maar om de onderbouwing met bewijsmiddelen, die hier door het hof aan de orde wordt gesteld (en als onvoldoende beoordeeld). Er valt ook niet in te zien (en het hof geeft ook niet aan) wat [eisers] nog meer had moeten en kunnen stellen in het kader van zijn betwisting van de stelling dat de achtermuur van de schuur op de plaats staat waar vroeger de schutting heeft gestaan, dan dat dit niet het geval was en [verweerder] de erfafscheiding (schutting met achtermuur van de nieuwe schuur) moet hebben verplaatst. De stelling van [verweerder] – en de onderbouwing daarvan met de schriftelijke getuigenverklaringen genoemd in rov. 14 – houdt niet meer in dan dat de situatie ter hoogte van de erfgrans tussendoor niet is gewijzigd en de erfafscheiding niet is verplaatst (zoals door [eisers] was gesteld). Daar komt bij dat [eisers] ten tijde van de door hem gestelde verplaatsing van de erfgrans (in 2001, bij de plaatsing van de nieuwe schuur door [verweerder]) nog geen eigenaar was van het aan het perceel van [verweerder] grenzende perceel, en aan hem met betrekking tot zijn stelplicht in dit kader dus niet al te hoge eisen kunnen worden gesteld. Ik lees verder in het arrest van het hof alleen nog dat [verweerder] onbestreden heeft gesteld dat, indien sprake zou zijn geweest van een verplaatsing van de erfafscheiding, [betrokkene 1] hiertegen geen bezwaar heeft gemaakt (rov. 16). Alleen die stelling lijkt me voor de conclusie van het hof zonder meer van onvoldoende belang en gewicht. Voor het overige worden – in de weergave in rov. 15, 19 en 20 – over en weer enkel de bewijsmiddelen van de andere partij in twijfel getrokken.

3.23. In het licht van de vaststelling dat hier in feite sprake is van een (voorlopig) bewijsoordeel, is het oordeel van het hof in rov. 21 dat de betwisting door [eisers] onvoldoende (gemotiveerd) was – en het oordeel om [eisers] niet tot levering van tegenbewijs toe te laten, voor zover dat daarop is gebaseerd – mijns inziens inderdaad zonder meer onbegrijpelijk. En waar in geval van onvoldoende betwiste stellingen niet aan levering van tegenbewijs wordt toegekomen, geldt dat bij een voorshands bewezen verklaring *niet*. In dat geval staat tegenbewijs (door middel van getuigenverhoor) wel degelijk nog open als daartoe een (algemeen) aanbod is gedaan, zoals hier het geval was. Pas na toelating tot deze bewijsoverlevering kan de (definitieve) balans van de bewijswaardering worden opgemaakt. Mocht het hof hier toch al een definitieve bewijswaardering (en geen voorshands bewezenverklaring) hebben willen geven, dan zou dat een ongeoorloofde prognose over het

resultaat van de bewijslevering hebben ingehouden. De rechter mag immers niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.³⁴

In dat geval blijft over dat het hof [eisers] niet tot levering van tegenbewijs heeft toegelaten omdat het aanbod tot tegenbewijs volgens het hof – zoals in rov. 30 naar de letter ook wordt vermeld – onvoldoende specifiek was en/of dit niet tot een ander oordeel zou hebben kunnen leiden. Een aanbod tot tegenbewijs behoeft echter volgens vaste rechtspraak niet te zijn gespecificeerd,³⁵ zodat de afwijzing van een dergelijk aanbod op grond van onvoldoende specificatie uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Voor een eventuele uitzondering op deze regel – mede gelet op het feit dat het om een hoger beroep gaat – bestaat geen grond, nu in casu, ook in eerste aanleg, geen eerdere getuigenverhoren zijn gehouden.³⁶ Bovendien kan tegenbewijs tegen (één van) de essentiële stellingen van de wederpartij – op grond waarvan diens vorderingen kunnen worden toegewezen en/of de vorderingen van de ‘tegenbewijzende’ partij kunnen worden afgewezen (zoals hier in rov. 12 e.v. aan de orde) – altijd tot een ander oordeel leiden, als de partij die het tegenbewijs moet leveren daarin slaagt. Tegenbewijs tegen essentiële stellingen is immers steeds ter zake doende. En zoals ook het hof in rov. 13 ook uitdrukkelijk overweegt, betreft het hier inderdaad een essentiële stelling van [verweerder]:

‘Het hof zal eerst onderzoeken of voldoende vast is komen te staan dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Als dat niet het geval is en [verweerder] de achtermuur van de schuur niet op de plek van de oorspronkelijke schutting heeft geplaatst, zoals [eisers] aanvoert, kan van verkrijgende verjaring immers hoe dan ook geen sprake zijn.’

Ook die door het hof in rov. 30 genoemde reden voor afwijzing van het aanbod kan dus geen stand houden.

3.24. Slotsom is dan ook dat het onderdeel mijns inziens op dit punt dient te slagen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

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

- a. de vonnissen in de zaak C/09/508679/HA ZA 16-410 van de rechtbank Den Haag van 15 juni 2016 en 12 oktober 2016;
- b. de arresten in de zaak 200.206.401/01 van het gerechtshof Den Haag van 7 februari 2017 en 16 oktober 2018.

[eisers] hebben tegen het arrest van het hof van 16 oktober 2018 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückerers strekt tot vernietiging van het arrest en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) [eisers] en [verweerder] zijn achterburen van elkaar. [verweerder] is sinds 1999 eigenaar van zijn perceel. [eisers] zijn sinds 2015 eigenaar van hun perceel. Het perceel van [eisers] grenst aan de achterzijde ook aan het perceel van de burens van [verweerder].

(ii) Tussen de percelen van [eisers] enerzijds en [verweerder] en zijn burens anderzijds stond voorheen over de hele lengte een schutting. [verweerder] heeft in 2001 achter op zijn perceel een schuur gebouwd, en daartoe een deel van de schutting verwijderd. De achterste muur (bezien vanuit het perceel van [verweerder]) van de schuur loopt in het verlengde van de schutting tussen het perceel van [eisers] en de burens van [verweerder].

(iii) Volgens een relaas van bevindingen van het Kadaster staat de schuur van [verweerder] gedeeltelijk op het perceel van [eisers].

2.2. [eisers] vorderen, voor zover in cassatie van belang, (a) een verklaring voor recht dat de erfsgrens tussen de percelen overeenkomt met de kadastrale grens zoals vastgelegd in het (hiervoor in 2.1 onder (iii) genoemde) relaas van bevindingen van het Kadaster; (b) een verklaring voor recht dat de schuur van [verweerder] zich gedeeltelijk op het perceel van [eisers] bevindt; en (c) een veroordeling van [verweerder] om dat gedeelte van de schuur te verwijderen.

In reconventie vordert [verweerder] (a) een verklaring voor recht dat het in geding zijnde stukje grond door verjaring zijn eigendom is geworden en (b) veroordeling van [eisers] om mee te werken aan de aanpassing van de registratie van de eigendomssituatie door middel van een door de notaris op te stellen akte en de inschrijving daarvan in de registers.

2.3. De rechtbank heeft de vorderingen van [eisers] in conventie afgewezen en de vorderingen van [verweerder] in reconventie toegewezen.

2.4. Bij tussenarrest heeft het hof een comparitie na aanbrenge gelast. Het tussenarrest luidt, voor zover in cassatie van belang:

‘Het hof ziet aanleiding om een comparitie van partijen te gelasten. Het doel is het inwinnen van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling. De comparitie kan ook worden benut om de mogelijkheden van mediation te bezien.

34 Zie in deze zin (bijv.) HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, NJ 2005/270 m.nt. W.H.D. Asser, rov. 3.6 slot.

35 Dit is vaste rechtspraak sinds HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, NJ 1999/413 m.nt. H.J. Snijders. Zie recentelijk HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2320, NJ 2019/20, waarin ook nog wordt overwogen dat niet vereist is dat de desbetreffende partij erin is geslaagd om het voorshands geleverde bewijs te ontkrachten.

36 Een dergelijke uitzondering kan worden gelezen in HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7677, NJ 2005/268 m.nt. W.H.D. Asser in NJ 2005/270 en wellicht ook in HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4841, NJ 2005/269. Vgl. hierover uitgebreid de noot van Asser in NJ 2005/270 (onder HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817), die er ook op wijst dat de lijn tussen stelplecht en specificatie-eis soms dun kan zijn.

Indien geen regeling tot stand komt en de zaak niet naar mediation wordt verwezen, zal de zaak in beginsel naar de rol worden verwezen. De comparitie zal dan verder worden benut om procedureafspraken te maken, zoals afspraken over termijnen en eventuele bewijslevering.

(...)

Beslissing

Het hof:

– beveelt partijen in persoon, vergezeld van hun raadslieden, voor het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling te verschijnen voor de hierbij benoemde raadsheer-commissaris (...).

2.5. De zitting heeft plaatsgevonden ten overstaan van de in het tussenarrest genoemde raadsheer-commissaris. Blijkens het proces-verbaal van de comparitie, heeft de raadsheer-commissaris de zaak met partijen besproken en een schikking beproefd. De zaak is vervolgens naar de rol verwezen voor memorie van grieven. Het proces-verbaal bevat drie pagina's aan verklaringen van partijen en hun advocaten.

2.6. Bij eindarrest heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft geoordeeld dat [verweerder] door verkrijgende verjaring eigenaar is geworden van de strook grond tot aan de lijn waarop voorheen de schutting stond en thans de achtermuur van de schuur staat. Het heeft daartoe, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

Voor een geslaagd beroep op verkrijgende verjaring zal [verweerder] moeten stellen, en zo nodig bewijzen, dat hij en zijn rechtsvoorgangers de betwiste strook grond gedurende twintig jaar in bezit hebben gehad. (rov. 13)

[verweerder] heeft zijn stelling dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, onderbouwd met schriftelijke verklaringen van vier omwonenden. (rov. 14)

Volgens [eisers] zijn de verklaringen van deze getuigen onbetrouwbaar, omdat het onwaarschijnlijk is dat zij zich na zo'n lange tijd nog kunnen herinneren waar de schutting precies heeft gestaan. Het hof volgt [eisers] daarin niet. Het verwijt van [eisers] aan [verweerder] komt erop neer dat laatstgenoemde de achtermuur van de schuur én de schutting van het buurperceel bijna 80 cm naar achteren zou hebben geplaatst ten opzichte van de oorspronkelijke erfafscheiding. Aangenomen moet worden dat dit de aandacht zou hebben getrokken van de omwonenden. (rov. 15)

Dat het niet aannemelijk is dat [verweerder] de erfafscheiding met bijna 80 cm naar achteren heeft geplaatst, blijkt ook uit de wijze waarop de voormalige eigenares van het perceel van [eisers] heeft gereageerd op de verwijdering van de schutting tussen haar perceel en dat van [verweerder]. Zij heeft alleen bezwaar gemaakt tegen de verwijdering van de schutting en niet tegen een verkleining van haar tuin. (rov. 16)

[eisers] hebben de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, ook nog bestreden met fotomateriaal en aan de hand daarvan uitgevoerde reconstructies. (rov. 17) Het hof kan uit de foto gemaakt tijdens de bouw van de schuur, niet afleiden dat de weggenomen schutting alleen kan hebben gestaan op de door [eisers] gestelde plaats. (rov. 18)

De door [eisers] overgelegde reconstructie door RBZ Recherche (hierna: RBZ) is deels onbegrijpelijk. Uit het rapport valt niet op te maken hoe RBZ de reconstructie heeft uitgevoerd. Op de foto uit 1988 is de schutting vrijwel niet zichtbaar. Het rapport legt onvoldoende gewicht in de schaal. (rov. 19)

Met de door [eisers] zelf met behulp van Google Maps uitgevoerde reconstructie wordt de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, niet ontkracht. (rov. 20)

Nu de stellingen van [verweerder] door hem voldoende zijn onderbouwd en door [eisers] onvoldoende (gemotiveerd) zijn betwist, staat vast dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Het hof acht zich voldoende voorgelicht en heeft dan ook geen behoefte aan een deskundigenbericht en evenmin aan het horen van RBZ. (rov. 21)

De schutting is gedurende meer dan twintig jaar aanwezig geweest, waardoor de strook grond zowel feitelijk als visueel geheel werd afgescheiden van het perceel van [eisers] en deel is gaan uitmaken van het perceel van [verweerder]. Nadat de schutting was geplaatst, hadden de opvolgende eigenaren van het perceel van [eisers] geen toegang meer tot de strook grond achter de schutting. [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers hadden dus het exclusieve gebruik van de strook grond. Daarom dient ervan uitgegaan te worden dat er naar verkeersopvattingen sprake was van bezit. (rov. 24)

De stelling van [eisers] dat de rechtsvoorgangers van [verweerder] de strook grond niet exclusief hebben kunnen gebruiken vanwege de aanwezigheid van een voor derden toegankelijke brandgang achter het perceel van [verweerder], is door [verweerder] gemotiveerd betwist en hebben [eisers] ook in hoger beroep niet onderbouwd. (rov. 25)

Door het exclusieve gebruik van de grond door [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers in combinatie met de aanwezigheid van een erfafscheiding, moet voor de toenmalige eigenares van het perceel van [eisers] kenbaar zijn geweest dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers de feitelijke macht over de strook grond uitoefenden met de pretentie eigenaar te zijn. De stelling van [eisers] dat die eigenares het gebruik van de strook grond door [verweerder] en diens rechtsvoorgangers slechts heeft gedoogd zonder de eigendom ervan prijs te geven, hebben [eisers] niet onderbouwd. (rov. 26)

Het staat dus vast dat [verweerder] en zijn rechtsvoorgangers de strook grond gedurende meer dan twintig jaar in bezit hebben gehad. (rov. 27)

Aan bewijslevering wordt niet toegekomen omdat [eisers] geen voldoende specifiek bewijsaanbod hebben gedaan dat, als het succes heeft, tot een ander oordeel zou kunnen leiden. (rov. 30)

3. Beoordeling van de middelen

3.1. Middel I klaagt dat het hof einduitspraak heeft gedaan zonder dat het partijen heeft gewezen op hun recht om een mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de raadsheren die in een meervoudige kamer over de zaak zouden gaan beslissen. Nu de comparitie mede is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten, had deze comparitie dienen plaats te vinden ten overstaan van de drie raadsheren die de beslissing zouden nemen, aldus de klacht.

3.2.1. Indien een zaak meervoudig wordt beslist, dient een aan de beslissing voorafgaande mondelinge behandeling die mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten, in beginsel plaats te vinden ten overstaan van de drie rechters die de beslissing zullen nemen. Van dit doel is in het algemeen sprake bij een mondelinge behandeling die plaatsvindt in aansluiting op de eerste schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten. Daarnaast kan van dit doel sprake zijn bij een mondelinge behandeling in een

andere stand van het geding, maar dat hoeft niet het geval te zijn.³⁷

Indien in een meervoudig te beslissen zaak wordt bepaald dat een mondelinge behandeling zal plaatsvinden ten overstaan van een rechter-commissaris, en die mondelinge behandeling mede tot doel heeft partijen de gelegenheid te geven hun stellingen toe te lichten, zal uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling aan hen moeten worden meegedeeld dat is bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van een rechter-commissaris. Aan partijen dient gelegenheid te worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Zodanig verzoek zal in beginsel moeten worden ingewilligd, en kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld.³⁸

3.2.2. De hiervoor in 3.2.1 vermelde regels zijn niet van toepassing indien de mondelinge behandeling ten overstaan van de rechter-commissaris niet mede tot doel heeft dat partijen de gelegenheid krijgen om hun stellingen toe te lichten, maar bijvoorbeeld uitsluitend ertoe strekt om een schikking te beproeven of om inlichtingen in te winnen.³⁹ Dat is evenwel anders indien een dergelijke mondelinge behandeling in werkelijkheid (ook) wordt benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten.⁴⁰ In dat laatste geval zal aan partijen alsnog gelegenheid moeten worden gegeven om een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. De rechter-commissaris kan partijen die gelegenheid al bij de behandeling geven. Partijen kunnen dan desgewenst tijdens de behandeling afstand doen van de mogelijkheid om een nadere mondelinge behandeling ten overstaan van de meervoudige kamer te verzoeken.⁴¹

3.2.3. Voornoemde regels houden verband met de betekenis van de mondelinge behandeling, waarbij de mondelinge interactie tussen partijen en de rechter ter zitting van wezenlijke invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de rechter. Het uitgangspunt dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, in beginsel behoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient ertoe te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de beslissing.⁴²

3.3.1. Het middel stelt de vraag aan de orde in hoeverre dit uitgangspunt en deze regels ook gelden voor de comparitie na aanbrengen in hoger beroep.

3.3.2. De comparitie na aanbrengen (of comparitie vóór grieven) in hoger beroep heeft een eigen doel en karakter. Deze comparitie strekt met name ertoe om, nog voordat een schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten plaatsvindt, de mogelijkheid van een schikking te beproeven of afspraken over het procesverloop in hoger beroep te maken.⁴³ De rechtsstrijd

in hoger beroep is op dat moment nog niet omljnd, en de comparitie is niet bedoeld om op de grondslag van hetgeen aldaar wordt besproken tot een inhoudelijke beslissing van de zaak te komen. Indien partijen op deze zitting een toelichting geven op hun standpunten, kan dat niet worden aangemerkt als een toelichting van hun stellingen in de zin bedoeld hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2. Partijen krijgen, indien zij geen schikking hebben bereikt of geen andersluidende procesafspraken hebben gemaakt, na de comparitie de gelegenheid om bij memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord hun standpunten in hoger beroep kenbaar te maken en toe te lichten. Ook wordt hun daarna nog de gelegenheid gegeven om een mondelinge behandeling te verzoeken,⁴⁴ op welke mondelinge behandeling dan de regels van toepassing zijn zoals hiervoor in 3.2.1 weergegeven.

Dit alles brengt met zich dat de hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2 bedoelde regels niet zien op de comparitie na aanbrengen in hoger beroep,⁴⁵ ook niet indien partijen die zitting mede hebben benut om hun stellingen toe te lichten.

3.3.3. In dit geval is sprake geweest van een comparitie na aanbrengen zoals hiervoor in 3.3.2 beschreven. Daarop zijn dus niet van toepassing de regels die door de klachten van middel I tot uitgangspunt zijn genomen. Die klachten kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

3.4. Middel II klaagt dat het hof [eisers] ten onrechte niet heeft toegelaten tot het leveren van tegenbewijs. Het middel beoogt daartoe dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet behoeft te worden gespecificeerd en dat een bewijsaanbod niet mag worden gepasseerd op grond van een prognose over het resultaat van de bewijslevering. De beslissing om [eisers] niet tot het leveren van tegenbewijs toe te laten is onbegrijpelijk, omdat de stellingen van [eisers] voldoende waren onderbouwd. Het tegenbewijsaanbod zou, indien het succes zou hebben, wel tot een ander oordeel kunnen leiden, aldus de klacht.

3.5.1. Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat het voor een geslaagd beroep op verkrijgende verjaring, op de weg van [verweerder] ligt om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hij of zijn rechtsvoorgangers de betwiste strook grond gedurende twintig jaar in bezit hebben gehad. In dit verband heeft [verweerder] onder meer gesteld dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Deze stelling heeft [verweerder] onderbouwd met verklaringen van vier omwonenden.

[eisers] hebben betwist dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan. Volgens [eisers] heeft [verweerder] destijds de erfafscheiding verplaatst. Zij hebben de verklaringen van de omwonenden bestreden, en de betwisting onderbouwd met fotomateriaal en met reconstructies die door RBZ en door [eisers] zelf zijn gemaakt op basis van dat fotomateriaal. Tegenover deze reconstructies heeft [verweerder] een contra-expertise in het geding gebracht. [eisers] hebben de inhoud van deze contra-expertise bij akte gemotiveerd en onderbouwd met producties bestreden.

In het licht van dit partijdebat, is zonder nadere motivering onvoldoende begrijpelijk het oordeel van het hof (in rov. 21) dat [eisers] de stelling van [verweerder] onvoldoende gemoti-

37 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, rov. 3.5.1.

38 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, rov. 3.6.2-3.6.4 en HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, rov. 3.4.1.

39 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, rov. 3.5.2.

40 Vgl. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, rov. 4.1.4.

41 Vgl. HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1202, rov. 3.2.5.

42 Zie o.a. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, rov. 3.4.2 en HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, rov. 3.4.1.

43 Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, rov. 3.9 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, rov. 3.3.2.

44 Art. 2.23 van het Landelijk procesreglement voor civiel dagvaardingszaken van de gerechtshoven (tiende versie, oktober 2019).

45 Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, rov. 3.9 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, rov. 3.5.2.

veerd hebben betwist. Mede gelet op de omstandigheid dat [eisers] pas sinds 2015 eigenaar zijn van hun perceel, valt niet in te zien wat van [eisers] nog meer kon worden verlangd om hun betwisting voldoende te motiveren.

3.5.2. Het hof heeft (in rov. 30) [eisers] niet toegelaten tot bewijslevering.

Voor zover deze beslissing erop is gegrond dat [eisers] de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, onvoldoende hebben betwist, is dat oordeel onvoldoende begrijpelijk, gelet op hetgeen hiervoor in 3.5.1 is overwogen.

Voor zover de beslissing van het hof erop is gebaseerd dat op grond van een waardering (in rov. 14-21) van het in de processtukken al voorhanden bewijsmateriaal, reeds vaststaat dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan, heeft het hof miskend dat het [eisers] ingevolge art. 151 lid 2 Rv vrijstaat tegenbewijs te leveren, voordat een definitieve waardering van de bewijsmiddelen wordt gegeven.

Voor zover de beslissing van het hof erop is gebaseerd dat het bewijs waarop het aanbod van [eisers] ziet, niet tot een ander oordeel kan leiden, is zijn oordeel eveneens onbegrijpelijk. Dat het bewijsaanbod terzake dienend is, volgt reeds uit de omstandigheid dat het betrekking heeft op een feitelijke stelling die dragend is geweest voor het oordeel van het hof. Een bewijsaanbod mag voorts niet worden gepasseerd op grond van een prognose van het resultaat van (tegen)bewijslevering die nog niet heeft plaatsgevonden.⁴⁶

Tot slot geldt dat aan een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet de eis mag worden gesteld dat het voldoende is gespecificeerd,⁴⁷ zodat ook dat geen grond voor het passeren van het bewijsaanbod kan zijn.

3.5.3. De klachten tegen het oordeel van het hof dat [eisers] niet worden toegelaten tot tegenbewijslevering slagen dan ook, voor zover het betreft de stelling van [verweerder] dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan.

3.6. Voor het overige kunnen de klachten van middel II niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 16 oktober 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eisers] begroot op € 508,19 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

NOOT

De feiten

De feiten in deze zaak zijn overzichtelijk en de kern van het geschil ook: het gaat om de locatie van de erfgrans tussen de percelen van partijen die achterburen van elkaar zijn. Verweerder is sinds 1999 eigenaar van zijn perceel en eisers sinds 2015. Het perceel van eisers grenst aan de achterzijde eveneens aan het perceel van de burens van verweerder. Oorspronkelijk stond op de grens van het perceel van eisers en dat van hun beide achterburen over de hele lengte een schutting. In 2001 heeft verweerder in zijn achtertuin een schuur gebouwd en daartoe een deel van de schutting verwijderd. Daar heeft hij de achterste muur van de schuur geplaatst op de plek waar de weggehaalde schutting stond. Aldus kwam in de plaats van die schutting op die plek de muur als erfafscheiding te staan en bestond de erfafscheiding sindsdien uit twee schuttingen met daartussen een muur. Volgens een relaas van bevindingen van het Kadaster staat de schuur van verweerder gedeeltelijk op het perceel van eisers. In dat verband hebben eisers – geparafraseerd – gevorderd (i) dat voor recht wordt verklaard dat de erfgrans tussen de percelen overeenkomt met de vastgestelde kadastrale grens, (ii) dat voor recht wordt verklaard dat de schuur van verweerder zich gedeeltelijk op het perceel van eisers bevindt en (iii) dat verweerder veroordeeld wordt om dat gedeelte van de schuur te verwijderen.

In reactie op deze eisen heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat sprake is van verjaring. Aldus heeft hij in reconventie gevorderd dat (i) voor recht wordt verklaard dat hij door verjaring eigenaar is geworden van de bewuste strook grond en (ii) dat eisers worden veroordeeld mee te werken aan de aanpassing van de registers.

Hoewel het hof terecht heeft vastgesteld dat de vordering ter zake de verjaring in deze zaak werd gestoeld op art. 3:105 BW – zie onder meer r.o. 13 van het arrest van het hof (ECLI:NL:GHDHA:2018:2633) – heeft hij de vorm verwarrend genoeg aangeduid met de enkele term ‘verrijgende verjaring’. A-G Lückers in r.o. 3.22 in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:1267) en de Hoge Raad in r.o. 2.6 en r.o. 3.51 doen hetzelfde. Die wijze van eigendomsverrijging is geregeld in art. 3:99 BW en ziet op de eigendomsovername door de bezitter te goeder trouw na onafgebroken bezit gedurende een periode van, in geval van onroerende zaken, tien jaar (zie Rank-Berenschot, *T&C Vermogensrecht*, art. 3:99 aanhef). In die situatie wordt het recht rechtstreeks verkregen.

Genoemd art. 3:105 BW handelt weliswaar eveneens over verkrijging en over verjaring, maar die twee termen zouden omwille van de duidelijkheid niet rechtstreeks aan elkaar gekoppeld behoren te worden. De verjaring waar het in dit art. 3:105 BW over gaat, wordt immers geregeld in art. 3:306 BW en die verjaring heeft tot gevolg dat de verkrijger bevrijd wordt van de mogelijkheid tot revindicatie: het verlies van het recht van de oorspronkelijk gerechtigde om te ageren tegen de inbezitneming door een ander indien deze laatste kan bewijzen dat hij – of zijn rechtsvoorganger – de bewuste zaak gedurende ten minste twintig jaar in bezit heeft, te goeder trouw of niet, waardoor de bezitter eigenaar wordt. Er is dan dus sprake van verkrijging door de een als gevolg van verjaring van een vorderingsrecht van de ander en aldus wordt die vorm van verkrijging *door* verjaring ook wel ‘bevrijdende verjaring’ genoemd. Om die vorm – ook wel aangeduid met

46 Vgl. o.a. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, rov. 3.8 en HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6508, rov. 4.1.6.

47 Vgl. o.a. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2320, rov. 3.5.2 en HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9860, rov. 3.4.3.

de term ‘extinctieve verjaring’ (zie Rank-Berenschot, *T&C Vermogensrecht*, art. 3:105 aanhef) – gaat het in deze zaak.

De procedure bij de rechtbank en het hof

De rechtbank heeft de vorderingen van eisers in eerste aanleg afgewezen en de reconventionele vorderingen toegewezen. Nadat eiser appel had ingesteld, heeft het hof een comparitie na aanbrengen gelast ten overstaan van één raadsheer-commissaris. Het tussenarrest luidde daarbij, voor zover van belang:

‘Het doel [van de comparitie, RM] is het inwinnen van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling. [...] Indien geen regeling tot stand komt [...] zal de zaak in beginsel naar de rol worden verwezen. De comparitie zal dan verder worden benut om procedureafspraken te maken, zoals afspraken over termijnen en eventuele bewijslevering.’ De regeling is niet tot stand gekomen waarna stukken werden gewisseld. Daarbij kwam het inhoudelijk gezien – en zoals zal blijken – vooral neer op kwesties van proces- en bewijsrechtelijke aard. Tot een mondelinge behandeling is het verder niet gekomen en uiteindelijk werd het eindarrest gegeven. Tegen dat arrest werd cassatie ingesteld.

Hoge Raad

In cassatie zijn twee procesrechtelijke kwesties aan de orde gesteld:

1. Had het hof moeten meedelen dat partijen konden verzoeken om een mondelinge behandeling ten overstaan van *alle* raadsheren die in de zaak zouden gaan beslissen? Of had het hof althans de beslissing dat die gelegenheid *niet* zou worden geboden moeten motiveren in het eindarrest?
2. Heeft het hof ten onrechte een aanbod tot het leveren van tegenbewijs gepasseerd?

Grief 1: de mondelinge behandeling

De eerste grief handelt dus over het feit dat het hof einduitspraak heeft gedaan zonder dat het hof partijen had gewezen op hun recht om een mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van *alle* raadsheren die in een meervoudige kamer over de zaak zouden gaan beslissen. Nu de comparitie volgens het hiervoor geciteerde tussenarrest mede ten doel had om partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten en ook aldus is benut, had deze comparitie moeten plaatsvinden ten overstaan van de drie raadsheren die het arrest zouden wijzen. Aldus de klacht.

De Hoge Raad neemt in r.o. 3.2.1-3.2.3 tot uitgangspunt dat als (i) een mondelinge behandeling mede tot doel heeft dat partijen hun stellingen kunnen toelichten en als (ii) in de zaak meervoudig zal worden beslist, deze mondelinge behandeling in beginsel dient plaats te vinden ten overstaan van de drie rechters die de beslissing ook zullen nemen. Van dit doel is in het algemeen sprake bij een comparitie na antwoord en daarnaast bij een mondelinge behandeling in een andere stand van het geding, maar dat hoeft niet het geval te zijn (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, r.o. 3.5.1).

Deze regels zijn niet van toepassing indien de mondelinge behandeling niet mede tot doel heeft dat partijen de gelegenheid krijgen om hun stellingen toe te lichten, maar bijvoorbeeld uitsluitend ertoe strekt om een schikking te beproeven of om inlichtingen in te winnen (laatstgenoemd arrest in r.o. 3.5.2; HR 22 juni 2018 ECLI:NL:HR:2018:976 en HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271).

De ratio van deze regels houdt verband met de betekenis van de mondelinge behandeling ‘waarbij de mondelinge interac-

tie tussen partijen en de rechter ter zitting van wezenlijke invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de rechter’ aldus de Hoge Raad in r.o. 3.2.3 om dan te vervolgen met:

‘Het uitgangspunt dat een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, in beginsel behoort te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient ertoe te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van de beslissing.’ Daarbij wordt verwezen naar HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, r.o. 3.4.2 en HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:271, r.o. 3.4.1.

De Hoge Raad meent evenwel dat deze regels niet voor de comparitie na aanbrengen (of comparitie vóór grieven) gelden, ook niet indien partijen die zitting mede hebben benut om hun stellingen toe te lichten. Een dergelijke zitting heeft, aldus de Hoge Raad, in hoger beroep een eigen doel en karakter:

‘Deze comparitie strekt met name ertoe om, nog voordat een schriftelijke uitwisseling van partijstandpunten plaatsvindt, de mogelijkheid van een schikking te beproeven of afspraken over het procesverloop in hoger beroep te maken. De rechtsstrijd in hoger beroep is op dat moment nog niet omljnd, en de comparitie is niet bedoeld om op de grondslag van hetgeen aldaar wordt besproken tot een inhoudelijke beslissing van de zaak te komen. Indien partijen op deze zitting een toelichting geven op hun standpunten, kan dat niet worden aangemerkt als een toelichting van hun stellingen in de zin bedoeld hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2. Partijen krijgen, indien zij geen schikking hebben bereikt of geen andersluidende procesafspraken hebben gemaakt, na de comparitie de gelegenheid om bij memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord hun standpunten in hoger beroep kenbaar te maken en toe te lichten. Ook wordt hun daarna nog de gelegenheid gegeven om een mondelinge behandeling te verzoeken, op welke mondelinge behandeling dan de regels van toepassing zijn zoals hiervoor in 3.2.1 weergegeven.’

De Hoge Raad komt vervolgens tot de terecht conclusie dat deze klacht niet tot cassatie kan leiden.

Grief 2: levering van tegenbewijs

De tweede klacht heeft betrekking op het in de ogen van eisers onterechte oordeel dat het hof hen niet heeft toegelaten tot het leveren van tegenbewijs. Daartoe voeren zij aan dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet hoeft te worden gespecificeerd en dat een bewijsaanbod op grond van vaste rechtspraak niet mag worden gepasseerd op grond van een inschatting van het resultaat van de bewijslevering. Eisers hebben daaraan toegevoegd dat het besluit hen niet tot het leveren van tegenbewijs toe te laten onbegrijpelijk is, juist omdat hun stellingen voldoende waren onderbouwd. En dat het aanbod, indien het succes zou hebben, wel degelijk tot een ander oordeel had kunnen leiden. Alles aldus eisers in hun klacht.

De Hoge Raad heeft in dit kader in r.o. 3.5.1. vastgesteld: ‘Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat het voor een geslaagd beroep op verkrijgende verjaring, op de weg van [verweerder] ligt om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hij of zijn rechtsvoorgangers de betwiste strook grond gedurende twintig jaar in bezit hebben gehad.’

Dit door het hof genomen uitgangspunt sluit aan bij het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 2012

(ECLI:NL:HR:2012:BW5324). Daarin wordt in r.o. 3.4 geoordeeld dat voor een geslaagd beroep op art. 3:105 BW: 'slechts vereist [is, RM] dat hij de zaak bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid. Voor de voltooiing van de verjaring is nodig dat de toestand dat een ander dan de rechthebbende bezitter is, gedurende de gehele verjaringstermijn heeft voortgeduurd. Daarbij is niet van belang of opvolging in het bezit heeft plaatsgevonden, en dus evenmin of opvolgende bezitters te goeder trouw in de zin van art. 3:102 lid 2 waren.'

Om zijn stelling dat sprake is van verjaring kracht bij te zetten heeft verweerder gesteld dat de achtermuur van de schuur op de plaats staat waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan en dit standpunt onderbouwd met de verklaringen van vier omwonenden. In reactie daarop hebben eisers de juistheid van de stelling betwist en de verklaringen bestreden, zich daarbij op het standpunt stellend dat verweerder de erfafscheiding destijds zelf had verplaatst. Zij hebben die betwisting daarbij onderbouwd met fotomateriaal en met reconstructies van een deskundige. Daarop heeft verweerder weer een contra-expertise in het geding gebracht die daarna weer door eisers gemotiveerd en onderbouwd met producties werd bestreden.

Gezien dit uitvoerige partijdebat waarbij de stellingen over en weer werden betwist, komt de Hoge Raad in r.o. 21 tot het oordeel dat het zonder nadere motivering onvoldoende begrijpelijk is dat eisers de stelling van verweerder onvoldoende gemotiveerd hebben betwist. Daar heeft de Hoge Raad aan toegevoegd dat het mede gelet op de omstandigheid dat zij pas sinds 2015 eigenaar zijn niet valt in te zien 'wat van eisers nog meer kon worden verlangd om hun betwisting voldoende te motiveren'. Het oordeel van het hof eisers niet toe te laten tot tegenbewijs omdat eisers de stellingen van verweerder dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan 'onvoldoende hebben betwist' is dan ook onvoldoende begrijpelijk. Daarbij is het hof in r.o. 14-21 te snel tot het oordeel gekomen dat 'reeds vaststaat' dat de achtermuur op de plaats staat van de schutting 'op grond van een waardering [...] van het in de processtukken al voorhanden bewijsmateriaal'. In geval van tegenbewijs geldt immers art. 151 lid 2 Rv, waardoor het vrijstaat tegenbewijs te leveren voordat een definitieve waardering van de bewijsmiddelen wordt gegeven. Ook het oordeel dat het bewijs niet tot een ander oordeel kan leiden, is niet begrijpelijk. Het staat vast dat het bewijsaanbod dienend is – het heeft betrekking op een feitelijke stelling die geleid heeft tot het oordeel van het hof – en een bewijsaanbod mag voorts niet worden gepasseerd op grond van het 'prognoseverbod'. En dat is staande jurisprudentie. Zie HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AJ5284 (*Citroen/Harte*) en HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7925 (*Zegers/Nieuwenkamp's Handelsmaatschappij*).

Conclusie

Uiteindelijk komt de Hoge Raad tot het oordeel dat eisers moeten worden toegelaten tot het leveren van het tegenbewijs tegen de stelling dat de achtermuur van de schuur staat op de plaats waar vóór 2001 de schutting heeft gestaan.

mr. R.J.G. Mengelberg
advocaat bij Courtine

82

Ook een onjuiste voorstelling van feiten of omstandigheden die niet zozeer essentialia van de overeenkomst betreffen, maar die wel van groot belang zijn voor de dwalende of bedrogen partij, kan een beroep op dwaling of bedrog rechtvaardigen

Hoge Raad
17 april 2020, nr. 18/05535, ECLI:NL:HR:2020:717
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Rank-Berenschot)
Noot mr. R.A.G. de Vaan

Contractenrecht. Dwaling. Bedrog. Redelijkheid en billijkheid. Derogerende werking. Burgerlijk procesrecht. Eis in reconventie. Wilsgebrek en onrechtmatige daad. Miskenning van verschillende onderdelen en grondslagen van een ingestelde eis of nalaten te beslissen op deel van het gevorderde.

[BW art. 3:44, 6:162, 6:248 lid 2, 6:228; Rv art. 32]

Essentie: Contractenrecht. Vernietigbare overeenkomst. Dwaling. Bedrog. Onjuiste mededelingen of verzwezen feiten betreffen niet de kern van de overeenkomst. Zonder onjuiste mededelingen of verzwezen feiten was de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden aangegaan. Redelijkheid en billijkheid. Derogerende werking. Burgerlijk Procesrecht. Eis in reconventie. Wilsgebrek en onrechtmatige daad. Miskenning van verschillende onderdelen en grondslagen van een ingestelde eis in reconventie, dan wel nalaten te beslissen op deel van het gevorderde.

Samenvatting: Eisers in cassatie worden door verweerder in cassatie aangesproken uit hoofde van een hoofdelijkheidsakte waarmee eisers zich tegenover verweerder verbonden hebben tot betaling van een geldlening die verweerder heeft verstrekt aan een derde. Eisers worden in conventie door verweerder aangesproken tot betaling omdat de derde niet betaalt. Eisers doen een beroep op vernietiging van de akte op grond van (primair) bedrog, althans (subsidiar) dwaling en doen (uiterst subsidiar) een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. In reconventie vorderen eisers (1) vernietiging van de akte op grond van de genoemde wilsgebreken en (2) een verklaring voor recht dat verweerder in cassatie onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof acht bewezen dat verweerder eisers met onjuiste informatie heeft aangezet tot het aangaan van de overeenkomst, maar oordeelt dat de onjuiste informatie niet de 'kern van de overeenkomst' betrof, als gevolg waarvan vernietiging van de overeenkomst niet aan de orde zou zijn. Omdat het beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid volgens het hof wél slaagt, wijst het hof de vordering tot betaling uiteindelijk voor 50% toe. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het hof omdat (1) het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd bij de beoordeling van de ingeroepen wilsgebreken, (2) het hof heeft nagelaten te beslissen op een deel van de reconventionele vordering (althans: de afwijzing van die vordering om onbegrijpelijke redenen in stand heeft gelaten) en (3) het hof