

ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ7076

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	09-04-2013
Datum publicatie	12-04-2013
Zaaknummer	HD 200.104.629
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBBRE:2011:BU6193, Overig
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vraag of een getuige (zwager van de statutair directeur van de in rechte betrokken BV) een familiaal verschoningsrecht heeft in de zin van artikel 165 lid 2 sub a Rv. Begrip partij in de zin van artikel 165 lid 2 sub a Rv en artikel 164 Rv.
Wetsverwijzingen	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (geldt in geval van digitaal procederen) 165 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (geldt in geval van digitaal procederen) 164
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF s-HERTOGENBOSCH

Afdeling civil recht

zaaknummer HD 200.104.629/01

arrest van 9 april 2013

in de zaak van

[X.],

wonende te [woonplaats],

appellant,

advocaat: mr. H. Loonstein te Amsterdam,

tegen

Centrum voor Tandheelkunde Centraal B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch,

op het bij exploit van dagvaarding van 16 februari 2012 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Breda, team kanton Breda, gewezen (volgens de rechtbank beschikking, het hof begrijpt dat bedoeld is) vonnis van 16 november 2011 tussen appellant - [appellant] - als eiser in conventie, verweerder in reconventie en geïntimeerde - CVT - als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 466506/CV/07-7751)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis en de daaraan voorafgaande vonnissen van 19 maart 2008, 20 augustus 2008, 14 april 2010 en (volgens de rechtbank beschikking, het hof begrijpt dat bedoeld is vonnis van) 1 juni 2011.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij appeldagvaarding heeft [appellant] geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en te bepalen dat aan [getuige sub 4.] geen verschoningsrecht toekomt ten aanzien van het probandum zoals neergelegd in het eerdere vonnis van 14 april 2010 met veroordeling van CVT in de kosten van beide instanties.

2.2. Bij memorie van grieven heeft [appellant] één grief aangevoerd tegen het vonnis waarvan beroep.

2.3. Bij memorie van antwoord met één productie heeft CVT de grieven bestreden.

2.4. CVT heeft daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1. [appellant] is van beroep tandarts en woonde in Israël. [appellant] en MediPower International B.V. hebben in 2005 een Labour Agreement for an indefinite period ondertekend, volgens welke overeenkomst [appellant] met ingang van 15 september 2005 voor onbepaalde tijd in dienst trad van MediPower International B.V. "for working as a dentist in dental practises of employer". Volgens deze overeenkomst, waarop Nederlands recht van toepassing werd verklaard, zou het maandsalaris van [appellant] vanaf 1 november 2005 8.715,- bruto bedragen, inclusief vakantiegeld en werkgeverslasten, hetgeen volgens artikel 6.1 van de overeenkomst neerkwam op een netto bedrag van 6.000,- als [appellant] onder de fiscale 30%-regeling zou vallen. Ingevolge artikel 6 lid 2 van de overeenkomst zou [appellant] onder bepaalde voorwaarden in aanmerking kunnen komen voor een bonus. [appellant] is gedurende de gehele periode van 1 november 2005 tot en met 31 oktober 2006 werkzaam geweest in praktijken die werden geëxploiteerd door CVT.

4.1.2. Op 7 november 2006 hebben [appellant] en CVT een Labour Agreement for a defined period ondertekend, volgens welke overeenkomst, waarop Nederlands recht van toepassing werd verklaard, [appellant] voor een periode van zes maanden, vanaf 1 november 2006 tot en met 30 april 2007, werkzaam zou zijn als tandarts in praktijken geëxploiteerd door CVT.

4.1.3. CVT heeft bij brief van 26 april 2007 [appellant] een voorstel gedaan over de modaliteiten van voortzetting van de arbeidsovereenkomst. [appellant] heeft laten weten de arbeidsovereenkomst niet te willen voortzetten.

4.1.4. [appellant] heeft bij inleidende dagvaarding van 19 november 2007 CVT in dit geding betrokken. CVT heeft een eis in reconventie ingesteld. Samengevat komen de vorderingen van [appellant] neer op het volgende. [appellant] vordert een verklaring voor recht dat tussen partijen met ingang van 15 september 2005 een overeenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen welke op en na 1 november 2006 is voortgezet op de vóór 1 november 2006 geldende voorwaarden en/of de ingaande 1 november 2006 gesloten overeenkomst nietig is of nietig wordt verklaard. Voorts vordert [appellant] betaling van bedragen

die passen bij de strekking van die verklaring voor recht, een en ander te vermeerderen met wettelijke verhoging, wettelijke rente en kosten. Samengevat komen de vorderingen van CVT neer op terugbetaling van bedragen ter zake te veel betaald loon en onverschuldigd betaalde bonus, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente en kosten.

4.1.5. Bij vonnis van 14 april 2010 heeft de kantonrechter, onder meer en voor zover in dit hoger beroep relevant, overwogen dat [appellant] aan zijn eerste vordering (de verklaring voor recht) twee stellingen ten grondslag legt:

- a) hij is sinds 1 november 2005 krachtens arbeidsovereenkomst met CVT voor CVT werkzaam geweest;
- b) de overeenkomst van 7 november 2006 is door misbruik van omstandigheden tot stand gekomen en is daarom op grond van artikel 3:44 BW nietig.

Met betrekking tot a) heeft de kantonrechter (onder meer) het volgende overwogen:

"Art. B.W. 7:610a bepaalt, dat hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende 3 opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste 20 uur per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.

Aan die materiële criteria voldoet (de arbeid van) [appellant]. De arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en MediPower alsmede de overgelegde overeenkomst tussen CVT en MediPower beschouwt de kantonrechter niet als een voldoende weerlegging van het vermoeden, gelet op enerzijds de genoemde e-mail en anderzijds de hierboven geplaatste kanttekeningen bij die overeenkomsten.

Waar CVT een tegenbewijsaanbod heeft gedaan, en waar aan een aanbod van tegenbewijs geen specificatie-eisen mogen worden gesteld, zal de kantonrechter CVT toelaten tot dat tegenbewijs."

De kantonrechter heeft in het dictum van dat vonnis (onder meer) het volgende beslist:

"laat CVT toe om door alle middelen rechtens tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden, dat tussen haar en [appellant] vanaf 1 november 2005 een arbeidsovereenkomst heeft bestaan volgens de voorwaarden, neergelegd in de overeenkomst, die is gesteld ten name van MediPower International".

4.1.6. Op 18 oktober 2010 heeft de kantonrechter de heer [getuige sub 1.] als getuige gehoord. Op 8 april 2011 heeft de contra-enquête plaatsgevonden. De kantonrechter heeft de getuige de heer [getuige sub 2.] (hierna: [getuige sub 2.]) gehoord. De verschenen getuige mevrouw [getuige sub 3.] (hierna: [getuige sub 3.]) heeft zich beroepen op een verschoningsrecht en daartoe medegedeeld dat zij de echtgenote is van [getuige sub 2.], die statutair directeur was van CVT in de periode 2005 tot en met 2007. Na aktewisselingen heeft de kantonrechter bij vonnis (de kantonrechter vermeldt naar het oordeel van het hof ten onrechte beschikking) van 1 juni 2011 bepaald dat [getuige sub 3.] een verschoningsrecht toekomt ten aanzien van het in het vonnis van 14 april 2010 opgenomen probandum. Op 5 oktober 2011 is de contra-enquête voortgezet en heeft de verschenen getuige de heer [getuige sub 4.] (hierna: [getuige sub 4.]) zich eveneens beroepen op een verschoningsrecht. Daartoe heeft hij onder meer medegedeeld dat [getuige sub 3.] zijn zuster is en dat voornoemde [getuige sub 2.] zijn zwager is. Na een aktewisseling heeft de kantonrechter bij vonnis (de kantonrechter vermeldt naar het oordeel van het hof wederom ten onrechte beschikking) van 16 november 2011 bepaald dat ook [getuige sub 4.] een verschoningsrecht toekomt ten aanzien van het in het vonnis van 14 april 2011 opgenomen probandum. Van dat vonnis - als ook alsnog van het vonnis van 1 juni 2011 - heeft de kantonrechter hoger beroep opengesteld.

4.2. [appellant] is tijdig van het bestreden vonnis in hoger beroep gekomen. Hij heeft gedagvaard:

"Centrum voor tandheelkunde centraal B.V.", terwijl het vonnis waarvan beroep is gewezen tegen Centrum voor tandheelkunde B.V.". Daarop is bij memorie van antwoord gereageerd door "CVT Centraal B.V." die volgens de kop van die memorie van antwoord handelt onder de naam "Centrum voor tandheelkunde B.V.". CVT heeft niet bepleit dat [appellant] om deze reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn appel. Zij is ingegaan op de door [appellant] aangevoerde grief tegen het vonnis waarvan beroep. Het hof begrijpt dat zowel voor CVT als voor [appellant] duidelijk is welke BV de wederpartij in deze procedure is van [appellant] en dat die wederpartij kan worden aangeduid op de wijze als in de kop van dit arrest weergegeven. Nu CVT ondanks de verplichting daartoe ingevolge artikel 2:19 lid 5 BW bij haar naam niet

heeft vermeld in liquidatie (zie hierna) zal het hof deze vermelding evenmin opnemen.

4.3. Kern van het geschil is de vraag of [getuige sub 4.] een beroep toekomt op het familiaal verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165 lid 2 sub a Rv.

4.4. Op pagina 1 van zijn memorie van grieven stelt [appellant] dat het hoger beroep zich richt tegen alle overwegingen van het vonnis waarvan beroep. Het hof zal echter niet iedere rechtsoverweging van de kantonrechter in de beoordeling betrekken. Het hof kan immers slechts, mede vanuit een oogpunt van hoor en wederhoor, die geschilpunten beoordelen die door middel van een - ook voor de wederpartij als zodanig herkenbare - grief aan het hof zijn voorgelegd.

4.5. In lid 1 van artikel 165 Rv is bepaald dat een ieder, daartoe op wettige wijze opgeroepen, verplicht is getuigenis af te leggen. Volgens lid 2 sub a van artikel 165 Rv kunnen zich van deze verplichting verschonen: de echtgenoot en de vroegere echtgenoot dan wel de geregistreerde partner en de vroegere geregistreerde partner van een partij, de bloed- of aanverwanten van een partij of van de echtgenoot of van de geregistreerde partner van een partij, tot de tweede graad ingesloten, een en ander tenzij de partij in hoedanigheid optreedt.

4.6. De kantonrechter heeft eerst onderzocht of de [getuige sub 2.] als partij moet worden aangemerkt in de hiervoor vermelde zin. De kantonrechter heeft daartoe onderzocht in welke relatie [getuige sub 2.] staat tot CVT welke vennootschap inmiddels is ontbonden, maar volgens de kantonrechter nog wel bestaat, want nog niet vereffend. Na uitvoerige rechtsoverwegingen in 2.4 tot en met (halverwege) 2.7 heeft de kantonrechter vastgesteld dat de vereffenaar [getuige sub 2.] net als de bestuurder [getuige sub 2.] met CVT moet worden vereenzelvigd. De kantonrechter heeft [getuige sub 2.] dus als partij aangemerkt in de zin van artikel 165 lid 2 sub a Rv.

4.7. [appellant] heeft in zijn toelichting op zijn grief gesteld: [appellant] komt ook op tegen de feitelijke vaststellingen in r.o. 2.4, r.o. 2.5, r.o. 2.6 en r.o. 2.7. Van [getuige sub 2.] kan niet gezegd worden dat hij een bestuurder of een vereffenaar is." Iedere toelichting op deze 'grief' ontbreekt, zodat niet valt in te zien dat of waarom voornoemd oordeel van de kantonrechter niet juist zou zijn. Dat heeft tot gevolg dat voor de verdere beoordeling ook het hof ervan uitgaat dat [getuige sub 2.] als partij in de zin van lid 2 sub a van artikel 165 Rv moet worden beschouwd.

4.8. Het hof begrijpt de stellingen van [appellant] aldus, dat volgens hem bij het begrip partij in de zin van lid 2 sub a van artikel 165 Rv een onderscheid moet worden gemaakt tussen een formele procespartij en een materiële procespartij. [getuige sub 2.] is geen formele procespartij, hetgeen tot gevolg heeft dat [getuige sub 4.] geen verschoningsrecht heeft in de zin van voornoemde bepaling, aldus [appellant]. [appellant] heeft daartoe verwezen naar een beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 9 februari 2006 (LJN: AX0095). Klaarblijkelijk bedoelt [appellant] dat, wanneer de formele procespartij en de materiële procespartij niet samenvallen, dat dan de in lid 2 sub a van artikel 165 Rv genoemde personen niet zonder meer een verschoningsrecht hebben, maar slechts een verschoningsrecht naar analogie. Dat heeft tot gevolg dat moet worden beoordeeld hoe ver deze personen van de partij afstaan, aldus [appellant].

4.9. Het hof is van oordeel dat de stelling van [appellant] op een verkeerde lezing van voornoemde beschikking van het gerechtshof Amsterdam berust. Het hof verstaat die beschikking aldus dat de statutair directeur in die zaak, tevens (indirect) enig aandeelhouder was van de formele procespartij en, hoewel dat niet met zoveel woorden in die beschikking wordt vermeld, die directeur als partij werd beschouwd in de zin van de artikelen 164 en 165 lid 2 sub a Rv, omdat hij vanwege zijn bestuurschap en aandeelhouderschap, de materiële partij was in de procedure, zodat zijn echtgenote een beroep kon doen op het verschoningsrecht. Daarvan is in dit geval eveneens sprake.

4.10. Het hof verwierpt de stelling van [appellant] dat in een situatie als de onderhavige slechts naar analogie en niet rechtstreeks een beroep kan worden gedaan op het in artikel 165 lid 2 sub a Rv

geformuleerde verschoningsrecht. Het hof is van oordeel dat indien een persoon aangemerkt moet worden als partij als bedoeld in de artikelen 164 en 165 Rv, de in lid 2 sub a van artikel 165 Rv genoemde personen een verschoningsrecht hebben. Het hof is evenals het gerechtshof Amsterdam van oordeel dat dit uit de strekking van het verschoningsrecht volgt, te weten dat de besparing van een gewetensconflict zwaarder moet wegen dan de algemene getuigplicht als voortvloeiend uit artikel 165 lid 1 Rv. Immers, een persoon wordt met een formele procespartij in de hierbedoelde zin vereenzelvigd, omdat hij belang heeft bij de uitkomst van de procedure omdat die persoon de materiële procespartij is, of omdat die persoon aan wet of statuten de bevoegdheid ontleent om de formele procespartij in rechte te vertegenwoordigen. Daarbij past dat de bloed- en aanverwanten van die persoon niet in een positie komen dat zij in een gewetensconflict worden gebracht. Het hof is van oordeel dat in een situatie als de onderhavige een rechtstreeks beroep kan worden gedaan op het verschoningsrecht - dus niet naar analogie -, omdat het begrip partij in de zin van artikel 165 lid 2 sub a Rv niet is beperkt tot de formele procespartij. Het begrip partij in deze bepaling sluit aan bij het begrip partij in de zin van artikel 164 Rv en daaronder dient ook de met de formele procespartij te vereenzelvigen persoon te worden verstaan. Voor wat betreft procederende rechtspersonen is aldus een beperkte kring van (natuurlijke) personen - en bovendien tijdelijk: zie HR 22 december 1995, LJN: ZC1928 - aan te merken als partij. Het door [appellant] bepleite beroep op het verschoningsrecht naar analogie houdt volgens hem in, dat dient te worden gezien hoe ver de getuige afstaat van de partij, waarbij een (gewezen) echtgenote op een hoger niveau is geplaatst dan andere in artikel 165 lid 2 onder a genoemde bloed- en aanverwanten. Ook de omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of de getuige nog contact heeft met de partij (of diens echtgenote), of nog sprake is van een (voldoende mate van) materiële bloed-en aanverwantschap, zouden moeten worden meegewogen. Het hof is van oordeel dat dit niet past bij de wijze waarop het familiale verschoningsrecht is geregeld in de wet, en dat dit tot een onwenselijke en onwerkbare situatie zou leiden omdat dan telkens onduidelijk is of een persoon al dan niet het recht heeft zich te verschonen (vgl. HR 8 mei 1998, LJN: ZC2651).

4.11. [getuige sub 4.] is de broer van de echtgenote van [getuige sub 2.]. [appellant] heeft gesteld dat [getuige sub 4.] desondanks niet kan worden beschouwd als een bloed- of aanverwant van [getuige sub 2.]. Daartoe heeft hij zijn twijfel geuit of [getuige sub 3.] nog wel gehuwd is met [getuige sub 2.]. Het hof acht het slechts uiten van twijfel onvoldoende. [appellant] had door middel van raadpleging van de registers van de burgerlijke stand kunnen nagaan of al dan niet sprake is van een huwelijk en daarvan stukken in het geding kunnen brengen. Nu hij dat heeft nagelaten wijst het hof zijn stelling als onvoldoende toegelicht van de hand. [getuige sub 4.] dient dus te worden beschouwd als tweede graads aanverwant van de partij [getuige sub 2.] (en als tweedegraads bloedverwant van de echtgenote van die partij) in de zin van lid 2 sub a van artikel 165 Rv.

4.12. Het hof gaat voorbij aan de stellingen van [appellant] met betrekking tot de vraag of en in hoeverre [getuige sub 4.] enerzijds en [getuige sub 3.] en/of [getuige sub 2.] anderzijds contact met elkaar hebben. Nu [getuige sub 4.] dient te worden beschouwd als een aanverwant van de partij en als een bloedverwant van de echtgenoot van de partij in de zin van lid 2 sub a van artikel 165 Rv, is voor een dergelijk onderzoek geen ruimte. De getuige die zich kan beroepen op een familiaal verschoningsrecht, behoeft niet nader te motiveren waarom hij van die bevoegdheid gebruik wil maken, zodat daaruit ook volgt dat geen onderzoek hoeft te worden verricht naar de intensiteit van het contact tussen de getuige en de partij of naar door [appellant] vermoede achterliggende motieven van de getuige (vgl. HR 8 mei 1998, LJN: ZC2651).

4.13. Tot slot heeft [appellant] nog gesteld dat sprake is van de uitzondering als bedoeld in de laatste zinsnede van lid 2 sub a van artikel 165 Rv te weten "tenzij de partij in hoedanigheid optreedt". [appellant] heeft daartoe aangevoerd dat [getuige sub 4.] niet door familiecontact bepaalde wetenschap heeft over hetgeen bewezen dient te worden, maar dat hij die wetenschap heeft uit hoofde van zijn functie bij CVT.

4.14. Ook dit argument kan niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. In de eerste plaats ziet [appellant] er met zijn betoog aan voorbij dat het niet gaat om de getuige die in hoedanigheid optreedt,

maar om de partij die in hoedanigheid optreedt. Ten tweede ziet [appellant] over het hoofd dat het hier gaat om situaties waarin het geding wordt gevoerd op naam van de vertegenwoordiger in rechte terwijl de uitkomst van het geding uiteindelijk bepalend is voor degene wiens belangen in het proces vertegenwoordigd worden, zoals bijvoorbeeld de bewindvoerder die qualitate qua optreedt voor de onder bewindgestelde, die in dat geval de materiële partij is.

4.15. Het voorgaande leidt tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep. [appellant] zal worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Deze veroordeling zal zoals verzocht uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van CVT worden begroot op 666,- aan verschotten en op 894,- aan salaris advocaat;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.G.W.M. Stienissen, R.R.M. de Moor en M. van Ham en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 9 april 2013.