

IN NAAM DES KONINGS

beschikking

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.141.951/01

Rekestnummer rechtbank : 420351 / HA RK 12-283

beschikking van 24 juni 2014

inzake

1. **DCC OPERATIONS B.V.**,
gevestigd te Breda,
2. **DIPLOMATIC FUEL SERVICE B.V.**,
gevestigd te Breda,
3. **DIPLOMATIC CARD S&B S.A.**,
gevestigd te Luxemburg, Luxemburg,
verzoeksters in hoger beroep,
hierna gezamenlijk te noemen: DCC,
advocaat: mr M. Weij, te Amsterdam,

tegen

1. **FORAX N.V.**,
gevestigd te Antwerpen, België,
2. **FORAX B.V.**,
gevestigd te Den Haag,
verweersters in hoger beroep,
hierna gezamenlijk te noemen: Forax,
advocaat: mr. D. Knottenbelt, te Rotterdam.

Het geding

Bij verzoekschrift in hoger beroep inzake de vernietiging van een beslissing in het voorlopig deskundigenbericht, ontvangen ter griffie van dit hof op 17 februari 2014, heeft DCC, onder aanvoering van drie grieven, hoger beroep ingesteld tegen de beslissingen van de rechtbank zoals neergelegd in haar brieven van 10 september 2013, 17 september 2013 en 19 november 2013. Forax heeft een verzoekschrift ingediend. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 24 april 2014. Beide partijen hebben bij die gelegenheid nog stukken ingebracht. Van deze zitting is een proces-verbaal opgemaakt. Dit proces-verbaal bevindt zich bij de stukken.

Het hof heeft uitspraak bepaald op 6 juni 2014.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) Bij beschikking van 14 november 2012 heeft de rechtbank op verzoek van DCC een voorlopig deskundigenbericht gelast. Daartoe is overwogen dat beide partijen een tankkaart voor diplomaten en internationale organisaties exploiteren en daarbij (deels) vergelijkbare diensten aanbieden en dat partijen van mening verschillen over de vraag of Forax bij de ontwikkeling van haar tankkaart gebruik heeft gemaakt van auteursrechtelijk beschermd materiaal van DCC of anderszins onrechtmatig heeft gehandeld jegens DCC. Gelet op dit geschilpunt heeft de rechtbank geoordeeld dat DCC, mede met het oog op de inmiddels aanhangige bodemprocedure, er belang bij heeft van een onafhankelijk deskundige te vernemen of, en (indien dat het geval is) in hoeverre de software van Forax overeenstemt met het materiaal waarvan DCC rechthebbende is. Verder is overwogen dat de deskundige zelfstandig zal vaststellen wat nodig is voor zijn onderzoek en dat partijen indien zij daarom door de deskundige worden verzocht medewerking zullen verlenen aan het onderzoek. Met instemming van DCC is de door Forax voorgestelde deskundige J. Honkoop, aangesloten bij de Nederlandse Vereniging van Beëdigd Informatiedeskundigen, door de rechtbank tot deskundige benoemd met het verzoek om een met redenen omkleed schriftelijk verslag uit te brengen ter beantwoording van de in r.o. 3.32 van de beschikking opgenomen vragen.

(ii) Op 4 februari 2013 heeft op het kantoor van de advocaat van Forax een regiezitting voorlopig deskundigenonderzoek plaatsgevonden. Hierbij waren vertegenwoordigers van beide partijen en de deskundige aanwezig. Van deze bijeenkomst is een verslag (*definitieve vastlegging afspraken regiezitting voorlopig deskundigenonderzoek*) gemaakt. Op bladzijde 3 staat vermeld: *In vraag 4c worden "vertrouwelijke bedrijfsgegevens" genoemd. Honkoop stelt aan de orde hoe hij daarmee om moet gaan en doet het volgende voorstel:*

- *Als een partij bij de door haar overgelegde informatie aangeeft dat dit vertrouwelijke bedrijfsinformatie betreft zal hij deze slechts met toestemming van die partij opnemen in zijn rapport.
(...).*

(iii) Op 30 mei 2013 heeft een bezichtiging van de systemen plaatsgevonden. DCC heeft bezwaar gemaakt tegen het feit dat Forax vrijwel alle stukken als vertrouwelijk aanmerkte. Ook heeft zij tijdens de bezichtiging uitdrukkelijk bezwaar gemaakt tegen het feit dat zelfs de schermafdrucken die tijdens de bezichtiging zijn gemaakt als vertrouwelijk werden aangemerkt.

(iv) DCC heeft bij e-mail van 23 juli 2013 aan de deskundige bezwaar gemaakt tegen de gang van zaken en aangegeven dat het ondenkbaar is dat de deskundige zijn oordeel baseert op door een partij als vertrouwelijk bestempelde stukken, die niet beschikbaar zijn voor de andere partij. Daarmee zou het beginsel van hoor en wederhoor geschonden worden. Voorts wordt benadrukt dat het van essentieel belang is voor het verloop van het deskundigenonderzoek dat DCC de functionele beschrijving van 30 augustus 2010 en de schermafdrucken van de bezichtiging ontvangt. Bij weigering en het niet volgen van de Leidraad Deskundigen in Civiele Zaken (hierna: de Leidraad) is DCC genoodzaakt hiertegen bezwaar te maken.

(v) Bij e-mail van 31 juli 2013 (15.49 uur), geciteerd in de fax van DCC aan de rechtbank van 22 augustus 2013, heeft de deskundige afwijzend gereageerd op het verzoek van DCC. De deskundige heeft zijn standpunt als volgt onderbouwd:

(1) *"partijen hebben ingestemd met de behandeling van vertrouwelijke stukken als vastgelegd in het verslag van de regiezitting;*

(2) *de schermafbeeldingen slechts een gering onderdeel van mijn onderzoek betreffen en derhalve ook van gering belang zijn voor de beantwoording van de door de rechtbank aan mij gestelde vragen;*

(3) *ik uw argument "dat het van essentieel belang is voor het verloop van het deskundigenonderzoek dat zij (DCC) de Functionele Beschrijving van 30 augustus 2010 en de schermafdrukken van de bezichtiging ontvangt" niet onderschrijf. Het verloop van het deskundigenonderzoek wordt primair door mij ingevuld en niet door DCC of haar raadslieden;*

(4) *tijdens de bezichtiging Forax schermen heeft getoond waarop informatie m.b.t. cliënten en andere als vertrouwelijk aan te merken informatie heeft getoond en dat Forax daar ter plaatse op heeft gewezen en daarom de schermafdrukken als vertrouwelijk ziet.*

(vi) Bij e-mail van 31 juli 2013 (15.56) heeft de deskundige zijn concept-deskundigenrapport verzonden met het verzoek aan partijen om hier uiterlijk 28 augustus 2013 inhoudelijk op te reageren.

(vii) DCC heeft zich in haar faxbrief van 22 augustus 2013 met haar bezwaar tot de rechtbank gewend een daarbij aangevoerd:

Een cruciaal gebrek aan dit rapport is dat lang niet alle onderliggende stukken aan het rapport zijn gehecht, terwijl de deskundige zijn onderzoek en zijn rapport daarop wel baseert. Het gaat hierbij voornamelijk om stukken die door Forax zijn aangeleverd, omdat Forax al haar stukken als vertrouwelijk heeft gekenmerkt. Dit maakt het rapport oncontroleerbaar niet verifieerbaar. Niet alleen voor DCC en haar partijdeskundige, professor Mulder, maar bijvoorbeeld ook voor uw rechtbank. DCC meent derhalve dat dergelijke stukken alsnog openbaar dienen te worden gemaakt. Zowel op basis van de heersende uitgangspunten als verifieerbaarheid en controleerbaarheid, als op basis van hetgeen tussen partijen en de deskundige is besproken. Redenen waarom DCC zich tot uw rechtbank wendt met een verzoek tot openbaarmaking van deze stukken.

(viii) De rechtbank heeft bij brief van 10 september 2013 als volgt geantwoord:

Met het bevelen van het voorlopig deskundigenbericht en de benoeming van de deskundige (...) is de procedure (..) voor zover deze betrekking heeft op het voorlopig deskundigenbericht afgerond. Er bestaat voor de rechtbank in dit stadium geen mogelijkheid tot nadere inhoudelijke beoordeling van hetgeen partijen (kennelijk) verdeeld houdt met betrekking tot de inhoud van het (concept) voorlopig deskundigenbericht of de wijze van de totstandkoming daarvan.

(ix) Bij brief van 13 september 2013 heeft DCC de rechtbank gevraagd op grond van de in die brief genoemde argumenten om haar beslissing te heroverwegen.

(x) De rechtbank heeft bij brief van 17 september 2013 opnieuw afwijzend gereageerd op het verzoek van DCC.

(xi) Op 18 september 2013 heeft DCC haar formele reactie gegeven op het concept deskundigenrapport.

(xii) Op 25 oktober 2013 is het definitieve deskundigenrapport aan partijen gezonden. In punt 11 worden de reacties van partijen op het concept-deskundigenbericht besproken. Hierbij wordt uitvoering en inhoudelijk gereageerd op de bezwaren die DCC bij de

deskundige en bij de rechtbank heeft gemaakt tegen het niet openbaren van vertrouwelijke stukken van Forax die mogelijk zijn gebruikt in het onderzoek. In punt 11.9 en 11.10 is aangegeven dat alles in aanmerking nemend, naar het inzien van Honkoop, Forax terecht een groot deel van de door haar aangeleverde materiaal als vertrouwelijk heeft bestempeld. Dit heeft onvermijdelijk tot gevolg dat DCC enkele bevindingen en conclusies in het deskundigenbericht niet kan verifiëren. Als DCC verificatie wenst zal dat, naar zijn inzien, gezien de bedrijfsbelangen van Forax, door een onafhankelijke deskundige moeten gebeuren en niet door een partijdeskundige.

(xiii) Bij fax van 8 november 2013 heeft DCC de rechtbank verzocht om een comparitie te bepalen in deze zaak teneinde de procedurele en inhoudelijke bezwaren van DCC met betrekking tot het deskundigenrapport te bespreken, *uiteraard tenzij uw rechtbank van oordeel is dat het efficiënter zou zijn om dit in de reeds aanhangige bodemprocedure te doen.*

(xiv) Bij brief van 19 november 2013 heeft de rechtbank aan DCC medegedeeld dat in de hoofdzaak tussen de zelfde partijen een comparitie is bepaald op 26 februari 2014. De rechtbank acht, wat er ook zij van de mogelijkheid om in het voorlopig deskundigenbericht een comparitie te bepalen, het bij deze stand van zaken niet opportuun om naast de reeds bepaalde comparitie in de hoofdzaak een mondelinge behandeling te gelasten met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht. Zoals ook van de zijde van DCC is opgeworpen, acht de rechtbank dat efficiënter. Het verzoek om een comparitie te bepalen heeft de rechtbank op die grond afgewezen.

2. Het beroep van DCC richt zich tegen de brieven van 19 november 2013, 10 september 2013 en 17 september 2013. DCC heeft, kort gezegd, aangevoerd dat de rechtbank in de brief van 19 november 2013 ten onrechte heeft geweigerd om een comparitie te gelasten en in de brieven van 10 en 17 september 2013 ten onrechte heeft geweigerd om in te grijpen in de procedure. Volgens DCC kan de brief van 19 november 2013 worden gezien als een eindbeschikking die voortbouwt op (een) eerdere tussenbeschikking(en) om niet in te grijpen. De drie brieven betreffen steeds reacties op brieven van DCC, waarin DCC de rechtbank steeds uitgebreid gemotiveerd heeft verzocht om – kort gezegd – in te grijpen in de procedure van het deskundigenbericht omdat deze procedure niet verliep conform de vereisten van hoor en wederhoor en er geen sprake was van een zogenaamd level playing field.

3. DCC is van mening dat zij ontvankelijk is omdat dit hoger beroep feitelijk de enige mogelijkheid is om tegen de beslissingen van de rechtbank op te komen. In het voorlopig deskundigenbericht volgt immers aan het einde van de procedure niet, zoals gebruikelijk in andere procedures, nog een eindbeschikking of eindvonnis. DCC meent dat de brief van de rechtbank, waarin geweigerd wordt een comparitie te gelasten een einde maakt aan de procedurele mogelijkheden van DCC en vergelijkbaar is met een rolbeslissing. De beslissingen zijn genomen naar aanleiding van diverse verzoeken van DCC en betreffen niet slechts administratieve maatregelen van ondergeschikte betekenis, maar grijpen wel degelijk in in de rechten van partijen.

4. Volgens DCC is in de bodemprocedure slechts beperkte ruimte voor toetsing van de procedure waarbij het deskundigenbericht tot stand is gekomen. Hooguit kan de rechtbank het deskundigenbericht buiten beschouwing laten wegens de totstandkoming daarvan in strijd met de beginselen van hoor en wederhoor. Daarmee worden alle kosten en

inspanningen die zowel partijen als de rechtbank en de deskundige hebben gemaakt ten behoeve van het deskundigenbericht teniet gedaan. Indien ingrijpen uitblijft, zal het deskundigenbericht in de ogen van DCC immers geen waarde hebben omdat geen sprake is geweest van deugdelijk hoor en wederhoor en een level playing field. DCC is van mening dat dit op zijn zachts gezegd de procesefficiëntie niet ten goede komt.

5. DCC stelt dat zij veel belang heeft bij dit hoger beroep nu deskundigenberichten in bodemprocedures vaak voor juist aangenomen worden omdat de rechtbank in de bodemprocedure ervan uitgaat dat het deskundigenbericht op een met waarborgen omklede wijze tot stand is gekomen onder begeleiding van de rechtbank. Volgens DCC ontbreekt deze begeleiding hier waardoor het deskundigenbericht een vertekend beeld geeft van de werkelijke situatie. Juist nu van de rechtbank niet kan worden verwacht dat zij het deskundigenbericht inhoudelijk toetst – de rechtbank schakelt immers een deskundige in omdat zij zelf niet beschikt over voldoende expertise (de zogenaamde kennisparadox) – is die procedurele begeleiding des te belangrijker. DCC voert verder nog aan dat de weigering om dit beroep te behandelen een schending zou zijn van artikel 6 EVRM. Er zou dan immers geen enkele mogelijkheid zijn van rechterlijke toetsing van de procedure in een voorlopig deskundigenbericht. Tot slot voert DCC nog aan dat de termijn van beroep in de verzoekschriftprocedures drie maanden is vanaf de dag van de uitspraak is (358 lid 2 Rv). De laatste brief van de rechtbank is van 19 november 2013, zodat volgens DCC zij op tijd is met het indienen van het beroepschrift.

6. Forax heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft zich daarbij primair op te standpunt gesteld dat DCC niet-ontvankelijk verklaard dient te worden in haar beroep. Volgens Forax is hier geen sprake van beslissingen waartegen hoger beroep open staat. Verder voert Forax aan dat het beroep tegen de brieven van 10 en 17 september 2013 te laat is. De beroepstermijn van drie maanden gaat volgens Forax lopen vanaf de data van die brieven en was dus al verstreken ten tijde van het indienen van het beroepschrift.

7. Het hof overweegt dat voor de procedure met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht de volgende uitgangspunten gelden. DCC heeft de rechtbank verzocht een voorlopig deskundigenbericht te gelasten. De rechtbank heeft dit verzoek bij beschikking van 14 november 2012 toegewezen. Artikel 204 lid 2 Rv bepaalt dat voor zover het verzoek is toegewezen, geen hogere voorziening is toegelaten. In artikel 205 lid 1 Rv is bepaald dat de bepalingen van artikel 194 tot en met 200 Rv, die gelden voor het deskundigenbericht, van overeenkomstige toepassing zijn op het voorlopig deskundigenbericht. Artikel 198 lid 1 bepaalt dat de deskundige verplicht is de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. In lid 2 is bepaald dat de deskundigen hun onderzoek, hetzij onder leiding van de rechter, hetzij zelfstandig instellen. De deskundigen moeten bij hun onderzoek partijen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen. Uit het schriftelijk bericht moet blijken of aan dit voorschrift is voldaan. Van de inhoud van de opmerkingen en verzoeken wordt in het schriftelijk bericht melding gemaakt. Lid 3 bepaalt dat partijen verplicht zijn mee te werken aan een onderzoek door deskundigen. Wordt aan deze verplichting niet voldaan, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht. Lid 4 bepaalt tot slot dat het schriftelijk bericht met redenen omkleed moet zijn. De deskundige is op grond van deze regeling verplicht zijn taak onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. De wetgever wilde de gang van zaken bij het deskundigenbericht niet verder formaliseren dan thans is opgenomen in het tweede lid en geen algemene informatieplicht op de deskundige leggen (Parl. Gesch. Bewijsrecht p. 344). Uitgangspunt is

dat de deskundige de nodige vrijheid of zelfstandigheid dient te worden gelaten om het onderzoek op de hem best voorkomende wijze te verrichten (Parl. Gesch. Bewijsrecht p. 344). De Leidraad heeft tot doel de deskundige informatie te verschaffen die relevant is voor zijn onderzoek en rapport.

8. De rechter in de hoofdzaak is niet gebonden aan de conclusies van de deskundigen. Voor zover het deskundigenbericht bewijs bevat, is de waardering daarvan aan de rechter overgelaten, waarbij de rechter een grote mate van vrijheid heeft. Hij dient bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe de deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van deze aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. (T&C Burgerlijke Rechtsvordering art. 198)

9. Het hof overweegt dat in beginsel met de beschikking waarin het voorlopig getuigenverhoor is gelast een einde is gekomen aan de taak van de rechter. Op zich zelf genomen is juist dat de rechter daarna nog een regie functie heeft maar dat betekent niet dat er dus ook hoger beroep openstaat tegen de beslissingen die de rechter naar aanleiding van verzoeken van partijen in dat kader neemt. Voor de in dit hoger beroep aan de orde zijnde beslissingen in de brieven van 19 november 2013, 17 september 2013 en 10 september 2013 kan aansluiting worden gezocht bij de in artikel 22 Rv neergelegde regeling (waarnaar met betrekking tot het overleggen van stukken in de Leidraad onder punt 11.3, 104 ook wordt verwezen). Artikel 22 Rv geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om in elke stand van de procedure een inlichtingencomparitie te gelasten. Anders dan DCC betoogt komt haar op grond van deze bepaling geen vorderingsrecht toe. De rechter *kan* een inlichtingencomparitie gelasten. Of de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt is overgelaten aan zijn procesbeleid. Dit betekent dat DCC niet-ontvankelijk verklaard zal worden in haar hoger beroep tegen de in de brief van 19 november 2013 vervatte beslissingen.

10. Het hof verwerpt de stelling van DCC dat de brief van 19 november 2013 moet worden aangemerkt als een eindbeschikking die voortborduurde op de beslissingen in de brieven 10 september 2013 en 17 september 2013. Deze uitleg past niet in de hiervoor besproken regeling van het voorlopig deskundigenbericht. Deze brieven moeten worden aangemerkt als zelfstandige beslissingen waarvoor de appeltermijn van drie maanden is gaan lopen vanaf respectievelijk 10 september 2013 en 17 september 2013. Dit betekent dat het hoger beroep tegen de in de brieven van 10 september 2013 en 17 september 2013 vervatte beslissingen te laat is ingesteld. Reeds om deze reden is DCC dus niet-ontvankelijk in haar hoger beroep tegen de in deze brieven vervatte beslissingen.

11. Gelet op het voorgaande ten overvloede overweegt het hof dat ook hier geldt dat artikel 22 Rv de rechter de discretionaire bevoegdheid geeft om in elke stand van de procedure partijen te bevelen op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen en dat partijen op grond van artikel 22 Rv op dit punt geen vorderingsrecht toekomt. Dus ook op deze grond dient DCC niet-ontvankelijk verklaard te worden in haar hoger beroep tegen de in de brieven van 10 september 2013 en 17 september 2013 vervatte beslissingen.

12. Het hof verwerpt tot slot de stelling van DCC dat hier sprake zou zijn van schending van artikel 6 EVRM (en dat naar het hof begrijpt DCC om die reden ontvankelijk is in haar hoger beroep). Naar het oordeel van het hof volgt uit de hiervoor beschreven gang van zaken

niet dat aan DCC een behoorlijke rechtsgang is onthouden, als bedoeld in dit artikel. Hierbij verdient opmerking dat alle bezwaren tegen het voorlopig deskundigenbericht naar voren kunnen worden gebracht in de bodemprocedure indien het voorlopig deskundigenbericht daar wordt ingebracht.

13. Gelet op het voorgaande behoeven de grieven van DDC geen verdere bespreking.

14. Naar het oordeel van het hof heeft Forax terecht aangevoerd dat artikel 1019h Rv op deze procedure van toepassing is. Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht is onder "handhaving" in de zin van die bepaling begrepen. Dit geldt naar het oordeel van het hof ook voor het hoger beroep tegen de beslissingen die in het kader van het voorlopig deskundigenbericht zijn genomen. Dat het in deze appelprocedure met name gaat om procesrechtelijke geschilpunten doet hieraan niet aan af. Forax heeft bij V-6 formulier van 23 april 2013 opgave gedaan van haar proceskosten ad € 6.181,--. Gelet op de gemotiveerde betwisting door DCC van twee op de specificatie genoemde posten ad € 406,-- en € 522,-- zal het hof een bedrag van € 5.253,-- toewijzen.

Beslissing

Het hof:

- verklaart DCC niet-ontvankelijk in het door haar ingestelde hoger beroep tegen de in de brieven van de rechtbank Rotterdam van 10 september 2013, 17 september 2013 en 19 november 2013 vervatte beslissingen;
- veroordeelt DCC in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Forax tot op heden begroot op € 704,-- aan verschotten en € 5.253,-- aan salaris advocaat.

Deze beschikking is gegeven door mrs. A.J.M.E. Arpeau, C.J. Verduyn en I. Davids en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 24 juni 2014 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
 Uitgegeven aan mr. D. Knottenbelt
 Advocaat van: app./geint.
 De Griffier van het Gerechtshof
 te Den Haag

