

Bijlage 1:

Arrest van 23 juni 2009 van het Hof Den Haag

zaaknummer 200.005.770/01

23 juni 2009

GERECHTSHOF TE 's-GRAVENHAGE

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

Hugo Johannes SMIT,  
wonende te Rotterdam,  
APPELLANT,  
vertegenwoordigd door mr. mr. H.J.A. Knijff, advocaat te  
Den Haag,

t e g e n

Johannes Willem WESTENBERG,  
wonende te Den Haag,  
GEÏNTIMEERDE,  
vertegenwoordigd door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te  
Den Haag.

Partijen zullen hierna Smit en Westenberg worden genoemd.

zaaknummer 200.005.770/01

2

1. Het verloop van het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 17 april 2008 is Smit in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank te Rotterdam van 14 december 2005 en 23 januari 2008, onder zaaknummer/rolnummer 216253/HA ZA 04-1275 geweest tussen Westenberg als eiser en (onder meer) Smit als gedaagde. De appeldagvaarding bevat de grieven.

Smit heeft, overeenkomstig de appeldagvaarding, 21 grieven tegen voornoemde vonnissen aangevoerd, bewijs aangeboden en geconcludeerd - zakelijk weergegeven - dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Westenberg alsnog zal afwijzen, met veroordeling van hem in de kosten van beide instanties.

Bij memorie van antwoord heeft Westenberg de grieven bestreden, producties overgelegd en geconcludeerd - zakelijk weergegeven - dat het hof, uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden vonnissen zal bekrachtigen, met veroordeling van Smit in de kosten van het hoger beroep, dit onder de bepaling dat de wettelijke verdragingsrente over die kosten verschuldigd is vanaf veertien dagen na het wijzen van het arrest.

Vervolgens heeft Westenberg een akte uitlating producties genomen.

Ter terechtzitting van 25 maart 2009 hebben partijen hun zaak door hun hierboven genoemde advocaten doen bepleiten. Zij deden dit beiden aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Smit heeft zijn zaak ook zelf bepleit, eveneens aan de hand van aan het hof overgelegde

zaaknummer 200.005.770/01

3

pleitnotities. Smit heeft voorts ter gelegenheid van de pleidooien nog nadere - op voorhand aan de wederpartij en het hof toegezonden - producties in het geding gebracht.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

## 2. De feiten

De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 14 december 2005 (hierna: het tussenvonnis) in overweging 2 onder 2.1 tot en met 2.4 een aantal feiten als vaststaand opgesomd. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

## 3. De beoordeling

### 3.1 Het gaat in deze zaak kort gezegd om het volgende:

(i) Smit is advocaat te Rotterdam. Hij is in de jaren negentig van de vorige eeuw in diverse zaken als advocaat opgetreden van Chipshol Forward N.V. (hierna: Chipshol), onder meer in een door Chipshol aanhangig gemaakte procedure tegen de voormalige accountant van Chipshol, het toenmalige Coopers & Lybrand.

(ii) In 2004 is een boek verschenen, geschreven door de journalist M. Kat, onder de titel "Topadvocatuur; In de keuken van de civiele rechtspraak", uitgegeven door Memory Productions Publications B.V. (hierna: Memory). Dat boek bevat een weergave van gesprekken van Kat met negen advocaten, waaronder Smit. Het hoofdstuk dat handelt over Smit's ervaringen als advocaat van Chipshol eindigt als volgt:

Tenslotte: hoe is het mogelijk dat zowel Rechtbank, Hof als Hoge Raad het ongekend onrechtmatig handelen van

zaaknummer 200.005.770/01

4

Coopers ongemoeid hebben gelaten en de schadeclaim hebben afgewezen? Had Smit hier niet meer uit moeten of kunnen halen? Hij zoekt naar een verklaring: "Het lijkt wel of onze rechterlijke macht mentaal niet is toegerust om te oordelen over dit soort financiële mega-belangen. Bij rechters heerst een enorme vrees voor 'Amerikaanse toestanden'. Op zichzelf is dat best een goede grondhouding: zelf ben ik ook geen voorstander van extreem hoge schadevergoedingen. Maar soms, zoals in het geval van Chipshol, een bedrijf dat nota bene bewust bijna kapot is gemaakt door de eigen accountant kan inderdaad schade optreden van honderden miljoenen. En dan moet een rechter niet bang zijn om doortastend op te treden en het recht toe te passen. Maar bij grote claims leert de ervaring dat Nederlandse rechters nerveus worden. Er gaan opeens gekke dingen gebeuren, zoals rechters die uitvoerig met advocaten gaan bellen over de zaak. In de Chipshol-zaak is dat ook gebeurd met mr. Westenberg van de Haagse Rechtbank. Nederland lijkt wel te klein voor grote claims. Iedereen kent elkaar. Laten we dat een variant noemen van ons poldermodel."

NB: het hof heeft vier kennelijke (spel)fouten in dit citaat verbeterd.

(iii) Westenberg heeft in eerste aanleg - zich in het bijzonder richtend tegen de passage in voornoemd citaat van "Maar bij grote claims (...)" tot en met "met mr. Westenberg van de Haagse Rechtbank" - een verklaring voor recht gevorderd inhoudende dat "de aantijging van Mr. H.J. Smit, advocaat te Rotterdam, gepubliceerd door Micha Kat in het boek *Topadvocaten*, en uitgegeven door Memory Productions Publications B.V., met de strekking dat Mr. J.W. Westenberg niet onafhankelijk, niet onpartijdig, resp. niet bekwaam is, onrechtmatig jegens Mr. Westenberg is". Voorts heeft Westenberg de veroordeling van Smit tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat gevorderd, alsmede veroordeling van hem in de proceskosten.

(iv) Na overwogen te hebben dat de passage, waartegen de bezwaren van Westenberg zich in het bijzonder richten (hierna: de subpassage; de gehele hiervoor geciteerde passage zal verder worden aangeduid met: de passage), de

zaaknummer 200.005.770/01

5

"voldoende duidelijke suggestie" inhoudt dat een gedrag als daarin beschreven twijfel wekt ten aanzien van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Westenberg als rechter en dat Smit door zijn medewerking aan het bewuste boek toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, tenzij hij aantoonst dat voor zijn uitlating een voldoende feitelijk juiste onderbouwing bestond, heeft de rechtbank in het tussenvonnissen Smit toegelaten te bewijzen dat diens gewraakte uitlating op feitelijk juiste gronden berust.

(v) Na gehouden getuigenverhoren heeft de rechtbank in haar vonnis van 23 januari 2008 (hierna: het eindvonnis) geoordeeld dat Smit niet in het hem opgedragen bewijs is geslaagd. Vervolgens heeft de rechtbank voor recht verklaard "dat de uitspraak van Smit, gepubliceerd door Kat in het boek Topadvocatuur, uitgegeven door Memory, dat bij grote claims Nederlandse rechters nerveus worden, dat er dan opeens gekke dingen gaan gebeuren, zoals rechters die uitvoerig met advocaten gaan bellen over de zaak en dat dit ook is gebeurd in de Chipshol-zaak met Westenberg, onrechtmatig is jegens Westenberg". De rechtbank heeft Smit voorts veroordeeld tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat en Smit in de proceskosten verwezen.

3.2 De grieven richten zich tegen de toewijzing van de vordering van Westenberg (voor wat betreft de verklaring voor recht; in de hiervoor aangegeven vorm) en alle stappen die tot die toewijzing hebben geleid. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.3 Het hof stelt het volgende voorop.

3.3.1. Anders dan Westenberg meent, ligt in de (sub)passage naar het oordeel van het hof niet de suggestie besloten dat op grond van het daarin beschreven gedrag van Westenberg

zaaknummer 200.005.770/01

6

aan diens onpartijdigheid en/of onafhankelijkheid moet worden getwijfeld. Gezien tegen de achtergrond van hetgeen aan de subpassage vooraf gaat ("een enorme vraes voor 'Amerikaanse toestanden' en "moet een rechter niet bang zijn doortastend op te treden") alsook wat daarop volgt ("Nederland lijkt wel te klein voor grote claims" en "Laten we dat een variant noemen van ons poldermodel") en gelet voorts op de tekst van de subpassage zelf ("dat Nederlandse rechters nerveus worden" en "Er gaan opeens gekke dingen gebeuren") is de connotatie veeleer die van een zekere schroom ten opzichte van het toewijzen van (zeer) grote schadeclaims en, daarmee samenhangend, van onhandigheid c.q. niet goed weten hoe "mega zaken" moeten worden aangepakt. Tegen die achtergrond moet dan ook, naar het oordeel van het hof, het zinsdeel "zoals rechters die uitvoerig met advocaten gaan bellen over de zaak" begrepen worden. Dit betekent dat de (sub)passage weliswaar kritiek uit op (de professionaliteit van) rechters en - als voorbeeld - op Westenberg, maar ook dat de door Westenberg gestelde aantasting van zijn eer en goede naam minder ver strekt, althans een ander karakter heeft dan hij aanvoert.

3.3.2 Het hier overwogene neemt niet weg dat het voeren van telefoongesprekken als in de subpassage bedoeld risico's mee brengt voor de (objectieve) onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter. De stelling dat dergelijke gesprekken gevoerd zijn, kan weliswaar bij de lezer - vaak mede afhankelijk van welk standpunt deze uitgaat, zie hierna onder 3.3.3. - de gedachte oproepen dat dit risico zich ook daadwerkelijk heeft gerealiseerd, maar die enkele mogelijkheid maakt de uiting nog niet onrechtmatig.

zaaknummer 200.005.770/01

7

3.3.3 Over het antwoord op de vraag of (en zo ja, hoe en waarover) een rechter in een zaak een telefonisch gesprek kan voeren met een advocaat kan verschillend worden gedacht. De bewoordingen waarin men zich over zodanige contacten uit zullen - en mogen ook - variëren naar gelang de positie die men over die kwestie inneemt. Dat maakt dat bij de beoordeling van de vraag die in dit geding voorligt een zekere vrijheidsmarge moet worden aangehouden.

3.3.4 De positie van de rechter, en zeker van een individuele rechter, in het openbaar debat is een delicate. Die positie vrijwaart de rechter - noch in het algemeen noch in het individuele geval - echter niet van kritiek, ook niet waar het gaat om diens (objectieve) onpartijdigheid en/of onafhankelijkheid.

3.4 Dat Westenberg zelf in de subpassage twijfel over zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid las (en leest) is, gelet op de brief die Smit op 12 december 1994 - via zijn procureur - aan de toenmalige president van de Haagse rechtbank, mr. A.H. van Delden (hierna: Van Delden), had doen toekomen (waarin Smit zich had beklagd over de wijze waarop Westenberg zich in een door hem voor Chipshol behandelde zaak had opgesteld), op zich niet onbegrijpelijk. Het gaat er in deze zaak echter om hoe de lezers van het bewuste hoofdstuk uit het boek "Topadvocatuur" - die, naar mag worden aangenomen, genoemde brief niet kennen - (de passage en) de subpassage verstaan c.q. hebben verstaan. Daarvoor verwijst het hof naar hetgeen onder 3.3 is overwogen.

3.5 Met betrekking tot de vraag of Smit al dan niet is geslaagd in het leveren van het hem opgedragen bewijs overweegt het hof als volgt.

zaaknummer 200.005.770/01

8

- 3.6 Het hof acht - behoudens (nader) tegenbewijs: zie onder 3.14 - bewezen dat Westenberg voorafgaand aan de pleidooien op 8 december 1994 in de zaak van Chipshol tegen (onder meer) N.V. Landinvest een telefoongesprek heeft gevoerd met Smit. De - gedetailleerde - getuigenverklaringen van Smit en zijn toenmalige secretaresse, M.G. Begeer, over een zodanig telefoongesprek alsmede de zojuist genoemde brief van 12 december 1994 - geschreven enkele dagen na dat pleidooi - in welke brief ook melding wordt gemaakt van een zodanig gesprek, brengen het hof tot dit oordeel. De getuigenverklaring van Begeer en de brief van Smit van 12 december 1994 acht het hof daarbij zodanig in overeenstemming met essentiële punten in de (aanvullende) partijverklaring van Smit dat deze voldoende geloofwaardig is.
- 3.7 De ontkenning van Westenberg (ook als getuige) dat een gesprek als bedoeld heeft plaatsgevonden is onvoldoende om anders te oordelen. De brief die Van Delden schreef in reactie op de brief van Smit is te weinig concreet om die ontkenning te ondersteunen. Hierbij neemt het hof mede in aanmerking dat het niet voor de hand ligt aan te nemen dat Smit op 12 december 1994, toen er over een telefoongesprek nog geen geschil was gerezen, een dergelijk gesprek in strijd met de waarheid in zijn brief zou hebben opgenomen noch dat Van Delden of Westenberg - indien dat wèl in strijd met de waarheid was - daarop niet expliciet zouden hebben gereageerd. Ook de getuigenverklaringen van de toenmalige griffiemedewerkers C.H. Delfgaw en J.P. van der Wielen, die hebben verklaard dat de instructie gold dat rechters nooit met advocaten werden verbonden en dat het contact met advocaten steeds via medewerkers van de griffie diende te verlopen, leggen - tegenover het overwogene onder

3.6 - onvoldoende gewicht in de schaal. Daar komt bij dat Westenberg wel degelijk tenminste bij één andere gelegenheid een telefoongesprek met een advocaat heeft gevoerd in verband met een door hem behandelde (Chipshol)zaak. Voorts heeft hij tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep verklaard dat een rechter "in de hoedanigheid van rolrechter" contact kan opnemen met advocaten over zaken van orde en technische kwesties alsmede dat het niet ongebruikelijk was dat zijn toenmalige secretaresse (niet tevens griffiemedewerker, althans dat is gesteld noch gebleken) contact met advocaten had ("Zij was een manusje van alles"). Westenberg kan evenmin worden gevolgd in zijn stellingname dat hetgeen Smit in zijn hiervoor bedoelde brief aan zijn procureur schreef over de wijze waarop het telefoongesprek tot stand was gekomen zich niet zou verdragen met de wijze waarop dat contact volgens de getuigenverklaringen van Smit en Begeer de bewuste dag is gelegd. De formulering "De griffier heeft toen telefonisch contact tot stand gebracht" - waarop Westenberg zich beroept - kan immers ook doelen op "toen, diezelfde dag". Hoe dan ook weegt dit detail niet op tegen het eerder overwogene. Ten slotte zij nog opgemerkt dat hetgeen een aantal advocaten heeft verklaard omtrent hun contacten met Westenberg (producties 9.1 tot en met 9.8 in eerste aanleg van Westenberg) niet relevant is, nu zij over het al dan niet plaatsgevonden hebben van een telefoongesprek tussen Smit en Westenberg niets verklaren. Het hof merkt in dit verband en mede met het oog op het in de volgende alinea overwogene op dat Smit weliswaar stelt dat Westenberg in het onder 3.6 bedoelde telefoongesprek heeft gezegd dat hij (Westenberg) met andere advocaten in de zaak had gesproken, maar die stelling moet onderscheiden worden van de niet door Smit ingenomen stelling dat Westenberg daadwerkelijk met die andere advocaten heeft gesproken.

zaaknummer 200.005.770/01

10

3.8 Het hof acht voorts - behoudens (nader) tegenbewijs: zie ook onder 3.14 - bewezen dat het bewuste telefoongesprek niet heel kort heeft geduurd en meer dan een zakelijk gesprek over een puur organisatorisch procedureel punt is geweest, dit gelet op de getuigenverklaringen van Smit en Begeer. Volgens laatstgenoemde, die - aldus haar verklaring - tijdens het gesprek in de kamer naast Smit zat, met de tussendeur open, heeft het gesprek "wel 10 minuten" geduurd. Zij heeft voorts verklaard dat Smit tijdens het gesprek steeds luider ging praten, dat hij na afloop van het telefoongesprek zijn kamer uit kwam stormen en een ongeruste en verbijsterde indruk maakte. Over de inhoud van het gesprek, aldus de verklaring van Begeer, heeft Smit haar - zo begrijpt het hof uit haar verklaring - direct daarna verteld dat Westenberg over de zaak met andere advocaten had gesproken (hetgeen overeenkomt met hetgeen Smit in zijn hiervoor reeds genoemde brief van 12 december 1994 schreef), dat hij wilde dat het pleidooi niet zou doorgaan en dat hij, Smit, geen goed gevoel had over het telefoongesprek; op verzoek van Smit had zij vervolgens de cliënten in de Chipshol-zaak gebeld. Dit laatste vindt bevestiging in de schriftelijke verklaring van C.A.W. Poot (deze is weliswaar overgelegd in de door Kat en Memory genomen akte houdende overlegging producties van 31 oktober 2005, maar Smit heeft die verklaring aangehaald en daarnaar verwezen in zijn conclusie na enquête sub 14 en Westenberg heeft zich vervolgens niet op het standpunt gesteld dat dit stuk geen onderdeel uitmaakt van de procedure tussen hem en Smit noch betoogd dat hij niet wist waar de verwijzing op sloeg). In zijn getuigenverklaring heeft Smit uitvoerig en gedetailleerd verklaard over de inhoud van zijn telefoongesprek met Westenberg. Uit zijn verklaring kan zonder meer worden opgemaakt dat het gesprek de nodige tijd

zaaknummer 200.005.770/01

11

heeft geduurd. Zijn weergave van het gesprek komt erop neer dat Westenberg zich (ook) heeft uitgelaten over de merites van de zaak. Smit heeft als getuige voorts verklaard dat hij het telefoongesprek als ontstellend heeft ervaren, na afloop daarvan ontzet en hevig geëmotioneerd was en onmiddellijk daarna contact heeft gezocht met zijn cliënte; een en ander komt overeen met hetgeen Begeer terzake heeft verklaard. Ook hier geldt dat de (op de hiervoor aangegeven punten voorts door nader bewijsmateriaal ondersteunde) getuigenverklaring van Begeer zodanig in overeenstemming is met de (aanvullende) partijverklaring van Smit, dat deze (voldoende) geloofwaardig is. Waar Westenberg heeft verklaard dat er geen telefoongesprek tussen hem en Smit heeft plaatsgevonden, kan zijn verklaring in dit verband onvoldoende contragewicht in de schaal leggen.

3.9 Dat begin 1997 een telefoongesprek heeft plaatsgevonden tussen Westenberg en mr. R.E. Gerritsen - die sinds 1995 als één van de advocaten van Chipshol is opgetreden - staat vast. Gerritsen heeft als getuige in deze zaak een verklaring afgelegd. Aan het proces-verbaal van (onder meer) zijn getuigenverklaring is gehecht een schriftelijke verklaring van zijn hand van 26 april 2006. Als getuige heeft Gerritsen in die schriftelijke verklaring uitdrukkelijk volhard. De verklaringen van Gerritsen komen op het volgende neer. Er was destijds - eind 1996/begin 1997 - een bodemprocedure aanhangig bij de rechtbank Den Haag tussen (onder meer) Chipshol en een aantal vennootschappen behorend tot de Van Andel Groep. In dat kader werden tevens voorlopige getuigenverhoren gehouden. Tussen partijen was afgesproken dat de bodemprocedure werd opgeschort totdat die getuigenverhoren zouden zijn afgerond. In strijd met die afspraak werd Chipshol in december 1996 een peremptoir uitstel aangezegd van twee

zaaknummer 200.005.770/01

12

weken voor het nemen van de conclusie van antwoord. Chipshol heeft die conclusie in januari 1997 genomen (Smit heeft bij conclusie na enquête een rolbericht overgelegd waaruit blijkt dat op 7 januari 1997 van die conclusie werd gediend). Op de volgende roldatum, 22 januari 1997, zag de wederpartij af van verder concluderen en werd bepaald dat pleidooi zou plaatsvinden op 13 februari 1997 (een en ander vindt bevestiging in het door Smit eveneens bij conclusie na enquête overgelegde bericht met betrekking tot die roldag). Met Gerritsen was over dat tijdstip geen overleg gevoerd; een uitnodiging verhinderdagen op te geven had hij niet ontvangen. Gerritsen noch (de vertegenwoordiger van) zijn cliënte waren op 13 februari 1997 beschikbaar (het feit dat hijzelf niet beschikbaar was op 13 februari 1997 alsook dat er geen overleg had plaatsgevonden over de pleidooidatum noch verhinderdagen waren opgevraagd vermeldt Gerritsen ook in zijn brief aan zijn procureur van 23 januari 1997, overgelegd door Smit bij conclusie na enquête). Bij onderzoek bleek Gerritsen dat de pleidooidatum was vastgesteld door Westenberg, in zijn hoedanigheid van rolrechter. Gerritsen heeft vervolgens telefonisch contact opgenomen met Westenberg. In dat telefoongesprek heeft Gerritsen zijn bezwaren kenbaar gemaakt tegen de gang van zaken bij het vaststellen van de pleidooidatum en gevraagd waarom er geen overleg met hem over die datum was gevoerd. Het antwoord van Westenberg was dat er van de zijde van de rechtbank enige tijd tevoren contact was opgenomen met de secretaresse van Gerritsen en die zou gezegd hebben dat Gerritsen beschikbaar was. Gerritsen heeft Westenberg gezegd dat hem daarvan niets bekend was (bij navraag, later, bleek geen van de secretaresses op het kantoor van Gerritsen een dergelijk contact te kunnen bevestigen). Gerritsen heeft Westenberg in het bewuste telefoongesprek gevraagd om uitstel van de

zaaknummer 200.005.770/01

13

pleidooi datum en heeft er in dat verband ook op gewezen dat Poot sr. er belang aan hechtte ter zitting aanwezig te zijn. Westenberg zag als rolrechter in dat belang geen aanleiding de pleidooi datum te wijzigen. Tijdens het telefoongesprek heeft Westenberg laten weten dat hij de kamer zou voorzitten ten overstaan waarvan de pleidooien zou worden gehouden. Gerritsen heeft daarop zijn bezwaren daartegen kenbaar gemaakt. Die waren met name gelegen in het feit dat Westenberg in die casus ook al een kort geding vonnis had gewezen. Westenberg wees die bezwaren af. Vervolgens heeft Gerritsen belet gevraagd en gekregen bij Van Delden. In dat gesprek heeft Gerritsen de mogelijkheid voorgelegd dat Westenberg vrijwillig zou terugtreden (zodat een wrakingsverzoek niet nodig zou zijn). Van Delden heeft Gerritsen het advies gegeven een formeel wrakingsverzoek in te dienen. Dat heeft Gerritsen vervolgens gedaan (van dit wrakingsverzoek maakt Gerritsen ook melding in zijn brief aan Van Delden van 3 maart 1997, overgelegd door Smit bij conclusie na enquête). Westenberg heeft zich uiteindelijk teruggetrokken en Gerritsen heeft het wrakingsverzoek daarop ingetrokken. Aldus de weergave van voornoemde verklaringen van Gerritsen, die als getuige ook nog verklaarde het bewuste telefoongesprek "embarrassing" gevonden te hebben.

3.10 Westenberg is als getuige twee keer gehoord en heeft in beide verhoren verklaard over het telefoongesprek met Gerritsen.

3.10.1 In het eerste verhoor heeft Westenberg verklaard dat in de zaak pleidooi was bepaald nadat er verhinderdata van partijen waren opgevraagd en opgegeven zoals in de Haagse praktijk gebruikelijk. Gerritsen heeft om uitstel gevraagd omdat de heer Poot op de geplande datum niet aanwezig kon

zaaknummer 200.005.770/01

14

zijn. Westenberg heeft dat verzoek afgewezen omdat de datum was bepaald nadat partijen de gelegenheid hadden gehad verhinderdata op te geven. Vervolgens gaf Gerritsen aan er moeite mee te hebben dat Westenberg het pleidooi zou voorzitten, omdat deze in de zaak ook al een kort geding uitspraak had gedaan. Gerritsen heeft toen gezegd dat, als hij geen uitstel van het pleidooi zou krijgen, hij een wrakingsverzoek zou indienen, althans zo is dat op Westenberg overgekomen. Een zodanig verzoek heeft Westenberg overigens nooit bereikt. Westenberg heeft vervolgens tegen Gerritsen gezegd dat dat onpraktisch zou zijn omdat mr. Van der Windt in die zaak al voorlopige getuigenverhoren had gedaan en hijzelf ook goed van de zaak op de hoogte was en dat een en ander weer tot uitstel zou leiden. Bij handhaven van de bezwaren zou Westenberg zich echter terugtrekken. Aldus Westenberg in de eerste verklaring.

3.10.2 In het tweede verhoor heeft Westenberg verklaard dat, naar hij aanneemt, het pleidooi was bepaald nadat verhinderdata van betrokken waren opgevraagd, zoals gebruikelijk. Gerritsen had naar de rolgriffier gebeld in verband met een uitstelverzoek. Omdat de rolgriffier er niet uitkwam en Westenberg Gerritsen heel goed kende, heeft hij zich met Gerritsen laten doorverbinden. Westenberg kende Gerritsen al vanaf 1978, zij hadden met elkaar gevoetbald (jonge balieteam tegen rechtbankteam). Westenberg belde als rolrechter, niet als behandelend rechter. Westenberg vond dat niet in strijd met zijn instructie dat rechters niet met advocaten bellen. Daarbij speelde een rol dat Westenberg Gerritsen zo goed kende. Gerritsen vroeg naar de kamersamenstelling en toen hij aangaf dat Poot er problemen mee zou kunnen hebben dat Westenberg in de kamer zou plaatsnemen, heeft Westenberg

zaaknummer 200.005.770/01

15

gezegd dat wanneer namens Poot een briefje zou worden geschreven waarin van dit bezwaar bleek, hij zich zou onttrekken aan de zaak. Hij (Westenberg) heeft letterlijk gezegd: "ik ben dan weg, ik heb genoeg gezien van de familie Poot". Gerritsen zou dit met zijn cliënten bespreken. Aldus Westenberg in de tweede verklaring.

3.11 Gelet op de verklaringen van Gerritsen, de onder 3.9 genoemde rolberichten alsook de onder 3.9 genoemde brief van Gerritsen aan Van Delden lijkt het erop dat voorafgaand aan het bewuste pleidooi geen verhinderdagen aan partijen waren opgevraagd of anderszins overleg over die datum had plaatsgevonden en dat een (door Gerritsen ingediend) wrakingsverzoek nodig was alvorens Westenberg zich uit de desbetreffende Chipshol-zaak terugtrok. Zo bezien roepen de verklaringen terzake van Westenberg de nodige vraagtekens op. Maar welke inhoud het telefoongesprek ook precies mocht hebben gehad, naar het oordeel van het hof moet dit gesprek - dat Westenberg in ieder geval ook als (beoogde) zittingsrechter heeft gevoerd - in beide voorliggende lezingen worden betiteld als een ongebruikelijk telefoongesprek tussen een rechter en een advocaat. Als een kort gesprek dat zich beperkte tot een zakelijke gedachtewisseling over een puur organisatorisch procedureel punt kan het in geen van die lezingen worden beschouwd.

3.12 Aldus zijn twee telefoongesprekken tussen Westenberg en een Chipshol-advocaat - behoudens tegenbewijs - komen vast te staan. In dit verband merkt het hof nog op dat het het - anders dan Westenberg - niet relevant acht "wie wie belde". Mede gelet op de achtergrond waartegen het zinsdeel "zoals rechters die uitvoerig met advocaten gaan bellen over de zaak" begrepen dient te worden (zie 3.3.1), is het hof voorts van oordeel dat de woorden "over de zaak" heel wel

ook verstaan kunnen worden als beschrijving van gesprekken zoals die voorshands bewezen worden geacht en dat de subpassage als geheel binnen de vrijheid blijft die de steller ervan gegund moet worden (zie ook 3.3.3). De hiervoor aangegeven aard van de bewuste gesprekken (zie 3.8, aanvang en 3.11, slot) alsook het overwogene onder 3.3.1 tot en met 3.3.4 brengt het hof dan ook tot het oordeel dat Smit - behoudens (nader) tegenbewijs: zie 3.13 - in het hem opgedragen bewijs is geslaagd, erop neerkomend dat de subpassage voldoende grondslag vindt in het feitenmateriaal.

3.13 Voorzover Westenberg nog heeft beoogd te betogen dat met het telefoongesprek dat hij met Gerritsen heeft gevoerd in dit verband geen rekening mag worden gehouden omdat Smit van dat gesprek ten tijde van het interview niet op de hoogte was, kan hij in dat betoog niet worden gevolgd. Daargelaten dat voor de stelling van Westenberg niet het tijdstip van het interview maar (het fiat voor) de publicatie relevant zou zijn en voorts daargelaten dat Smit de bewuste stelling betwist (hij stelt destijds al wel degelijk van bedoeld gesprek op de hoogte te zijn geweest), is het tijdstip van die wetenschap niet relevant. Het gaat erom of de bewuste uitlating van Smit al dan niet voldoende grondslag vindt in het feitenmateriaal.

3.14 Het te leveren tegenbewijs kan zowel betrekking hebben op de hiervoor vooralsnog aangenomen inhoud van de beide gesprekken als op - voor zover het gaat om het gesprek met Smit - het voeren van het gesprek op zichzelf. Nu uit de toelichting op de grieven opgemaakt moet worden dat Smit dit zelf - overwegend - ook zo ziet (zie bij voorbeeld de toelichting op de grieven 2, 6 en 11, de pleitnotities van mr. Knijff in hoger beroep sub 8 en de pleitnota van Smit

zaaknummer 200.005.770/01

17

in hoger beroep sub 8), leest het hof de subpassage aldus dat Westenberg met meer dan één (Chipshol)advocaat een telefoongesprek als in de subpassage verwoord (en in dit arrest uitgelegd) heeft gevoerd. Het tegenbewijs zal derhalve reeds geleverd zijn, indien het met betrekking tot één van beide gesprekken toereikend is.

3.15 Westenberg zal in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de vraag of hij nader (tegen)bewijs wenst te leveren. In het bevestigende geval zal Westenberg dienen aan te geven hoe hij dat nadere (tegen)bewijs wenst te leveren.

3.16 De zaak zal voor uitlating als zojuist bedoeld naar de rol worden verwezen.

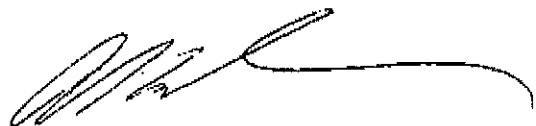

#### 4. De beslissing

Het hof:

wijst de zaak naar de rol van 4 augustus 2009 voor uitlating aan de zijde van Westenberg als bedoeld in 3.15;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, M.A. Goslings en E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell en is in het openbaar door de rolraadsheer uitgesproken op 23 juni 2009.



Voor afschrift,  
De Griffier van het Gerechtshof  
te 's-Gravenhage

