

het 'bekendheidsvereiste'). Voorts is bij roerende zaken het gebrek achteraf makkelijker vast te stellen en de 'schuldvraag' dus eenvoudiger te beantwoorden.

23. Daar kan echter tegenin gebracht worden dat een roerende zaak, anders dan een dier (als levend wezen), geen eigen energie (met de bijbehorende onberekenbaarheid) heeft. Vanuit dat oogpunt lijkt art. 6:173 BW tussen art. 6:174 BW en art. 6:179 BW in te liggen. Op basis van de argumentatie van de Hoge Raad in onderhavige zaak kan derhalve niet met volledige zekerheid worden vastgesteld of de Hoge Raad dezelfde grens trekt bij art. 6:173 BW. Nu wij echter de indruk hebben dat de Hoge Raad in deze zaak 'op de rem heeft willen trappen', ligt het voor de hand dat de deur naar aansprakelijkheid jegens medebezitters van gebrekkige roerende zaken (voorlopig) is dichtgegooid.

Afrondend

24. De Hoge Raad heeft de vergaande bescherming van medebezitters van een opstal niet doorgetrokken naar medebezitters van een dier. Nu het *Hangmat*-arrest – en een verdeling van de schade onder de aansprakelijke bezitters – onzes inziens al zeer ver ging, juichen wij de door de Hoge Raad getrokken grens toe. Het blijft echter de vraag of de argumenten die de Hoge Raad in deze zaak bezigt dermate relevant zijn dat deze het gemaakte onderscheid rechtvaardigen. Zoals ook over het *Hangmat*-arrest is opgemerkt, lijkt het er eerder op dat de Hoge Raad heeft gezocht naar argumenten. Het heeft er de schijn van dat op de achtergrond andere beweegredenen hebben meegespeeld welke de Hoge Raad niet kon of wilde benoemen. Wellicht heeft de Hoge Raad zelfs, na het creëren van de vergaande aansprakelijkheid van het *Hangmat*-arrest, gemeend een pas op de plaats te moeten maken.

25. Ten slotte blijft het onduidelijk of de *Hangmat*-regel al dan niet doorgetrokken kan worden naar art. 6:173 BW. Totdat de Hoge Raad zich daarover heeft uitgelaten, kan op die vraag niet met zekerheid een antwoord worden gegeven. Gelet op het voorgaande zijn wij echter van mening dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Dit zou, vanuit oogpunt van consistentie en rechtszekerheid, in ieder geval de voorkeur verdienen.

M.F. Lameris en J. Ramaker
Banning N.V.

66

Hoge Raad
19 februari 2016, nr. 15/04779
ECLI:NL:HR:2016:296
ECLI:NL:PHR:2015:2428
(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Tanja-van den Broek, mr. De Groot)
(concl. A-G mr. Timmerman)
Noot M. Teekens

Procesrecht. Indiening appelverzoekschrift per fax.

Faxapparaat gerecht draait fax niet uit. Hoger beroep niet-ontvankelijk? Onderzoek naar registratie ontvangst. Vaststelling tijdstip van ontvangst. Beroep op verzendbevestiging.

[BW art. 3:33, 3:37]

Bij vonnis van 17 augustus 2015 heeft de rechtbank de toepassing van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van verzoekster tussentijds beëindigd. Verzoekster komt hiervan in hoger beroep met een verzoekschrift dat het hof per post ontvangt na het verstrijken van de appeltermijn van art. 351 lid 1 Fw. Verzoekster voert echter aan dat het verzoekschrift op 25 augustus 2015 tijdig per fax is ingediend bij het hof. Het hof stelt de fax niet te hebben ontvangen. Verzoekster legt de verzendbevestiging over. Daaruit volgt dat de fax tijdig is verzonden. Het hof overweegt dat deze verzendbevestiging niet afkomstig is van een systeem waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt in de zin van art. 33 lid 3 Rv en het faxapparaat van het hof de ontvangst niet heeft geregistreerd, omdat er geen fax is uitgedraaid. Gelet op de ontvangsttheorie komt dat volgens het hof voor rekening van de verzender. Het hof verklaart verzoekster niet-ontvankelijk in het hoger beroep.

De Hoge Raad overweegt dat een storing of defect van het gerechtelijk faxapparaat niet voor risico komt van degene die het desbetreffende stuk indient. Indien dat faxapparaat het tijdstip van ontvangst niet registreert, kan het tijdstip van ontvangst ook op andere wijze komen vast te staan, bijvoorbeeld door een verzendbevestiging. Het hof is ten onrechte niet nagegaan of het faxapparaat de ontvangst van de fax heeft geregistreerd. Het volstaan met te onderzoeken of de fax is uitgedraaid, is onvoldoende en geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het faxapparaat van het hof het tijdstip van ontvangst van een fax niet registreert, is het hof ten onrechte voorbijgegaan aan het beroep dat verzoekster heeft gedaan op de door haar overgelegde verzendbevestiging.

[Verzoekster],
wonende te [woonplaats],
verzoekster tot cassatie,
advocaat: mr. P.J.Ph. Dietz de Loos.

Verzoekster zal hierna ook worden aangeduid als [verzoekster].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten

1.1 De feitelijke gang van zaken – voor zover in cassatie van belang – blijkt uit de overwegingen van het hof zoals die hierna zijn opgenomen.

2 *Procesverloop*¹

2.1 Bij arrest van 12 december 2013 is door het hof Arnhem-Leeuwarden ten aanzien van [verzoekster] de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard.

2.2 De rechtbank Overijssel heeft bij vonnis van 17 augustus 2015 de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling ten aanzien van [verzoekster] op verzoek van de bewindvoerder tussentijds beëindigd.

2.3. [verzoekster] heeft het hof Arnhem-Leeuwarden verzocht om voornoemd vonnis te vernietigen. In dat kader zijn zowel om [verzoekster] als door de bewindvoerder stukken bij het hof ingediend. Op 8 oktober 2015 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden.

2.4 Bij arrest van 8 oktober 2015 heeft het Hof als volgt overwogen:

“3.1 Ingevolge het bepaalde in artikel 351, eerste lid, Faillissementswet (hierna: Fw) kan in zaken waarin de toepassing van de schuldsaneringsregeling tussentijds is beëindigd door de schuldenaar gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak hoger beroep worden ingesteld.

3.2 De rechtbank heeft bij vonnis van 17 augustus 2015 de ten aanzien van [verzoekster] van toepassing zijnde schuldsaneringsregeling beëindigd. [verzoekster] heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld dat eerst op 26 augustus 2015 ter griffie van het hof is ontvangen, derhalve na het verstrijken van de in artikel 351, eerste lid, Fw bepaalde termijn.

3.3 In het belang van een goede rechtspleging dient omtrent het tijdstip waarop een termijn aanvangt (en eindigt) duidelijkheid te bestaan en derhalve dient aan de beroepstermijn in beginsel strikt de hand te worden gehouden. Het hof moet onderzoeken of op de strikte handhaving van de beroepstermijn in het onderhavige geval een uitzondering dient te worden gemaakt. De griffier heeft de advocaat van [verzoekster] voor de zitting gewezen op de ontvankelijkheidsvraag.

3.4 Mr. Hoogeveen heeft ter zitting verklaard dat het beroepschrift aan het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, zowel per post als per faxbericht is verzonden op 25 augustus 2015. Mr. Hoogeveen heeft ook een ontvangstbevestiging van de verzending van het faxbericht ontvangen en op verzoek van het hof overgelegd. Het nummer waar het beroepschrift op 25 augustus 2015 naar toe zou zijn gefaxt is het nummer van civiele griffie van de locatie Arnhem van het hof.

3.5 Het hof overweegt dat stukken die door middel van faxapparatuur vóór 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn ter griffie zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend. Andersluidende bepalingen in procesreglementen zijn onverbindend; de in art. 33 lid 1 Rv neergelegde beperking van het elektronisch verkeer tot gevallen waarin daarin is voorzien in een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement, geldt niet voor faxverkeer, zo oordeelde de Hoge Raad nog op 17 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1078). Indiening per fax is nader geregeld in artikel 33 Rv. Het derde lid van dat artikel bepaalt dat als tijdstip waarop een processtuk door een gerecht elektronisch is ontvangen, het tijdstip geldt waarop het processtuk een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt.

3.6 Het hof heeft op geen van beide locaties een faxbericht van mr. Hoogeveen inzake het beroep van [verzoekster] ontvangen. Eerst op 26 augustus 2015 is het beroepschrift per post ingekomen bij het hof (locatie Arnhem) en vervolgens direct doorgezonden naar locatie Leeuwarden. In het dossier bevindt zich een emailbericht van een senior administratief medewerkster

van het hof (locatie Arnhem) van 26 augustus 2015 aan haar collega in Leeuwarden dat een beroepschrift bestemd voor Leeuwarden is binnengekomen, dat uit het begeleidend schrijven blijkt dat de advocaat het stuk op 25 augustus 2015 heeft gefaxt, dat zij de faxen van 25 augustus 2015 heeft doorgenomen, doch dat daarbij geen stukken van mr. Hoogeveen zijn aangetroffen.

3.7 Het hof stelt vast dat uit niets blijkt dat op 25 augustus 2015 daadwerkelijk een fax van mr. Hoogeveen is binnengekomen.

3.8 Uit de wetsgeschiedenis van artikel 33 Rv blijkt dat de minister heeft verwezen naar art. 3:37 lid 3 BW, dat inhoudt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt, heeft echter ook haar werking indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt. Wanneer door een stroomstoring buiten de schuld van het gerecht een bericht aan het gerecht niet of niet juist overkomt, zal dat voor risico van de verzender komen. Hetzelfde geldt indien berichten niet worden ontvangen door problemen met de internetserviceprovider van de rechtzoekende of diens advocaat; ook dit zal voor risico van de rechtzoekende zijn. Met betrekking tot de mogelijkheid dat bijvoorbeeld het faxpapier in het gerechtelijk faxapparaat op is, waardoor (verdere) verzending niet mogelijk is, achtte de minister het tijdens de parlementaire behandeling van art. 33 Rv oud gerechtvaardigd dat de verzender met dit risico rekening dient te houden. Het ophouden van berichten of stukken bij de eindserver komt ingevolge art. 33 lid 3 Rv niet voor risico van de rechtzoekenden of hun advocaten.

3.9 Dat van dat laatste sprake is geweest, is niet gebleken: immers ter griffie op de locatie Arnhem is nimmer een beroepschrift per fax in deze zaak ontvangen. Mr. Hoogeveen heeft een emailbericht van SpeakUp eFax overgelegd dat de fax op 25 augustus 2015 om 11.36 succesvol was verzonden bij de eerste poging. Mr. Hoogeveen heeft ter zitting aangegeven dat dat het programma is dat zijn kantoor gebruikt voor de verzending van faxen vanuit de computer. Het hof merkt SpeakUp eFax niet aan als een systeem voor gegevensverwerking waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Wat er tussen dat systeem en de fax op de griffie in de locatie Arnhem is gebeurd, is niet helder geworden. Gelet op de ontvangsttheorie van artikel 3:37 BW komt zulks evenwel voor rekening van de verzender.

3.10 Het hof stelt derhalve vast dat niet gebleken is van een eerdere indiening van het beroepschrift per fax bij het hof op 25 augustus 2015, zodat het hof uitgaat van 26 augustus 2015 als datum van indiening van het beroepschrift, derhalve buiten de onder 3.1 bedoelde termijn. Het hof ziet in de pogingen van mr. Hoogeveen om het beroepschrift tijdig per fax in te dienen als zodanig geen reden om een uitzondering te maken op het op het uitgangspunt dat aan de beroepstermijn (in beginsel) strikt de hand dient te worden gehouden. Ook verder zijn er geen omstandigheden aangevoerd die meebrengen dat in de onderhavige zaak een uitzondering dient te worden gemaakt.

3.11 Het vorenstaande brengt mee dat [verzoekster] niet kan worden ontvangen in het door haar ingestelde hoger beroep tegen voornoemd vonnis.”

2.5 Bij verzoekschrift van 15 oktober 2015 is [verzoekster] – tijdig² – in cassatie gekomen.

410

¹ Vgl. rov. 1.1-2.3 van het hof.

² Art. 351 lid 5 Fw. Er geldt een termijn van acht dagen na arrest (arrest 8 oktober 2015, verzoekschrift 15 oktober 2015).

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel richt zich met één onderdeel – waarin ik drie klachten ontwaar – tegen de rov. 3.6 en 3.9 van het hof.

3.2 De eerste klacht houdt in dat het hof in rov. 3.6 e.v. ten onrechte heeft overwogen dat er op geen van beide locaties van het hof een faxbericht is binnengekomen omtrent het hoger beroep van [verzoekster] en dat het hof op basis hiervan concludeert dat [verzoekster] niet tijdig in hoger beroep is gekomen. De klacht noemt daarbij de volgende omstandigheden:

(i) mr. Hoogeveen heeft in zijn hoedanigheid van advocaat ter zitting verklaard dat hij op 25 augustus 2015 de betreffende fax heeft verzonden en moet op zijn woord worden geloofd,

(ii) mr. Hoogeveen heeft de ontvangstbevestiging van de betreffende fax aan het hof overhandigd,

(iii) het gebruikte faxnummer is van de civiele griffie van het hof en

(iv) de status van het verzendbericht is “the fax from 31546200014 to 31883610094 has been sent successfully” datum 25-08-2015, 14.44, attempt: 11:36 succes, Fax recipient: 31883610094.

3.3 De tweede klacht trekt ten strijde tegen rov. 3.9 en betoogt dat de overweging van het hof aldaar dat het systeem van Speak-Up eFax niet aangemerkt wordt als een systeem voor gegevensverwerking waarvoor het hof verantwoordelijkheid draagt onjuist is. Met de derde klacht betoogt het onderdeel dat de overwegingen van het hof uit de laatste twee volzinnen van rov. 3.9 onjuist althans onbegrijpelijk is. Het onderdeel wijst ten aanzien van beide klachten opnieuw op de hiervoor onder (i) en (iv) genoemde omstandigheden en verwijst daarnaast naar HR 20 maart 1998, NJ 1998/549³. Ter onderbouwing van de tweede klacht wordt ook aangevoerd dat (v) geen enkel systeem een ontvangstbevestiging stuurt als er geen sprake is van ontvangst.

3.4 Alvorens tot een bespreking van de klachten over te gaan lijkt het zinvol om het kader te schetsen waarbinnen deze klachten beoordeeld dienen te worden.

3.5.1 In het reeds genoemde arrest van 20 maart 1998 overwoog de Hoge Raad:

“Het in het ‘confirmation report’ vermelde faxnummer is het nummer van de op de civiele griffie van de Hoge Raad aanwezige faxapparatuur. De binnenkomst van de fax is niet door het faxapparaat van de Hoge Raad geregistreerd, hetgeen echter niet kan leiden tot de conclusie dat de fax niet is binnengekomen, aangezien dat apparaat op 29 januari 1997 nog niet op een zodanige registratie was afgesteld. Op grond van voormelde brief van de advocaat van G. en het daarbij gevoegde ‘confirmation report’ neemt de Hoge Raad aan dat de fax de griffie van de Hoge Raad langs elektronische weg op 29 januari 1997 tussen 17.26 en 17.29 uur heeft bereikt, doch vervolgens — door een niet opgehelderde oorzaak — hetzij niet is afgedrukt, hetzij na te zijn afgedrukt in het ongerede is geraakt. Nu in elk van deze beide gevallen sprake is van een omstandigheid die niet voor rekening van G. behoort te komen, is de Hoge Raad van oordeel dat het verzoekschrift geacht moet worden op de laatste dag van de termijn vóór 24.00 uur te zijn binnengekomen en derhalve binnen de cassatietermijn ter griffie te zijn ingediend (...)”

3.5.2 Onder meer deze uitspraak heeft geleid tot invoering van art. 33 Rv, dat thans – voor zover hier van belang – luidt:

“1. Verzoeken en mededelingen kunnen ook elektronisch worden gedaan, indien van deze mogelijkheid voor het desbetreffende gerecht blijkt uit een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement. (...)”

3. Als tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk door een gerecht elektronisch is ontvangen, geldt het tijdstip waarop het verzoek, mededeling en processtuk een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Verzendingen die voor 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend”.

3.5.3 In de PG omtrent de totstandkoming van art. 33 Rv (oud) is opgenomen:

“De in de regel op faxapparaten aanwezige mogelijkheid van zelfstandige registratie van het tijdstip van ontvangst maakt het daarbij mogelijk om achteraf na te gaan of een stuk, wanneer het op de laatste dag van een termijn is ingediend, nog tijdig voor 24.00 uur bij de griffie is binnengekomen. Voor deze mogelijkheid van indiening ‘s avonds pleit dat rechtszoekenden aldus niet geconfronteerd worden met, vooral bij korte termijnen niet altijd te verwaarlozen, termijnverkorting.

De Hoge Raad heeft nadien, bij arrest van 20 maart 1998, RvdW 1998, 70, bepaald dat wanneer het faxapparaat van een gerecht het tijdstip van ontvangst niet registreert, dat tijdstip ook op andere wijze, met behulp van een «confirmation report» van de verzender, kan komen vast te staan. (curs. A-G)”⁴

En:

“Deze problemen [technische problemen/storingen, A-G], die zich overigens op elk tijdstip van de dag kunnen voordoen, achten wij geenszins onoverkomelijk; veelal zullen de daarbij rijzende vragen met toepassing of overeenkomstige toepassing van bestaande rechtsregels kunnen worden beantwoord, bijvoorbeeld artikel 3:37, derde en vierde lid, BW. Wanneer door een stroomstoring buiten de schuld van het gerecht een faxbericht niet of niet juist overkomt, zal dat voor risico van de verzender komen. Voor wat het tijdstip van binnenkomst van het faxbericht betreft zal in de eerste plaats de tijdsaanduiding op het bij het gerecht binnengekomen bericht bepalend zijn, *doch het is niet uitgesloten dat, mede met behulp van het door het verzendende faxapparaat gegenereerde verzendbevestiging, kan worden vastgesteld dat van een ander tijdstip moet worden uitgegaan (curs. A-G)*. In beginsel zouden wij met de leden van de PvdA-fractie willen aannemen dat degene die kiest voor verzending per fax, ook het risico draagt dat er iets misgaat, tenzij komt vast te staan dat dit het gevolg is van een verzuim van een gerechtsmedewerker.

Ook met betrekking tot de mogelijkheid dat bijvoorbeeld het faxpapier in het gerechtelijk faxapparaat op is, waardoor (verdere) verzending niet mogelijk is, achten wij het gerechtvaardigd dat de verzender met dit risico rekening dient te houden.”⁵

3.5.4 Bij de wijziging van art. 33 Rv naar de huidige tekst is opnieuw aandacht besteed aan de risico’s van het indienen van stukken per fax:

“Onder een systeem van gegevensverwerking wordt verstaan een systeem voor het genereren, verzenden, ontvangen, opslaan of op andere wijze verwerken van gegevens. Het is hier niet van belang wiens systeem van gegevensverwerking het betreft. Het gaat om de verantwoordelijkheid die voor een systeem wordt gedragen. De verantwoordelijkheid kan zowel de ICT-diensten in eigen beheer als die uitbesteed aan derden omvatten. De Raad van State heeft aandacht gevraagd voor de situatie waarin berichten of stukken bij de zogenoemde eindserver worden opgehouden. Hierover wordt opgemerkt dat ervan uit gegaan kan worden dat de gerechten verantwoordelijkheid dragen voor de eindserver waarvan deze gebruik maken. Het op-

3 HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548.

4 TK 1999-2000, 26855, nr. 3, p. 64-65

5 TK 1999-2000 26 855, nr. 5, p. 35.

houden van berichten of stukken bij de eindserver komt dan niet voor risico van de rechtzoekenden of hun advocaten.

Door zowel de Raad als de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht is gevraagd naar de gevolgen van het uitvallen van het elektronisch systeem. Zij wijzen er op dat een storing juridische gevolgen kan hebben indien hierdoor een verjarings- of beroepstermijn wordt overschreden. Met betrekking tot een dergelijke situatie kan gewezen worden op artikel 3:37 lid 3 (en 4) BW. Ingevolge het derde lid moet een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt, heeft echter ook haar werking indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt. Voor de verzending per fax vinden deze artikelen reeds toepassing. De nadere invulling voor andere gevallen van elektronische verzending kan dan ook aan de rechtspraak worden overgelaten”.⁶ En:

“Zoals door de leden van de CDA-fractie wordt opgemerkt, wordt een door een rechtzoekende verzonden bericht dat bij de eindserver van het gerecht wordt opgehouden, als ontvangen beschouwd en geldt een door een gerecht verzonden bericht dat aldaar wordt opgehouden, als niet verzonden. Het risico van problemen bij de eindserver ligt zo niet bij de rechtzoekende of diens advocaat, maar bij de gerechten. De leden vragen naar de gevolgen voor het functioneren van de gerechten en de vertragingen die dit met zich mee kan brengen. Zij wensen te vernemen of een storing bij de eindserver leidt tot de verlenging van de beroeps- en verjaringstermijnen. *Hierover kan worden opgemerkt dat wanneer de verzending van een processtuk dat binnen een bepaalde termijn bij de rechtbank dient te worden ingediend, bijvoorbeeld een conclusie van antwoord of een beroepsschrift, door een storing bij de eindserver waarvan het gerecht gebruik maakt, wordt opgehouden, deze ingevolge de tekst van het voorstelde artikel 33 lid 3 Rv als ontvangen kan worden beschouwd (curs A-G).* Dit geldt evenzo voor bijvoorbeeld een verzoek waarvoor een vervaltermijn geldt en een daad van rechtsvervolgning waardoor de verjaring kan worden gestuit”.⁷

3.6 In de kern komt het in deze zaak neer op de vraag of het hof in het licht van het bovenstaande en gelet op de onder (i) tot en met (v) door [verzoekster] aangevoerde bijzondere omstandigheden tot het oordeel kon komen dat het niet ontvangen van de fax door het hof voor rekening en risico van [verzoekster] dient te komen. Ik ga er daarbij van uit dat met de ontvangstbevestiging en het verzendbericht hetzelfde stuk wordt bedoeld. Daarbij moet er m.i. ook van worden uitgegaan dat mr. Hoogeveen de betreffende fax heeft verzonden en wel naar het faxnummer van de civiele griffie van het hof. Dat blijkt uit de omstandigheden (i), (iii) en (iv).

3.7 Uit art. 33 Rv blijkt dat de hoofdregel is dat degene die kiest voor verzending per fax het risico draagt dat er iets misgaat, tenzij komt vast te staan dit het gevolg is van een handeling van het gerecht, van een handeling van een persoon voor wie het gerecht aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die het gerecht betreffen en rechtvaardigen dat het misgaan niet voor risico komt van de indiener van het stuk. Hiermee wordt toepassing gegeven aan art. 3:37 BW.

3.8 In het onderhavige geval is de fax naar het juiste faxnummer verzonden en er is een verzendbericht in het geding gebracht waarin is opgenomen dat de verzending succesvol is geweest.

In een dergelijk geval kan het hof mijns inziens niet volstaan met de overweging dat SpeakUp eFax een systeem voor gegevensverwerking betreft waarvoor het hof geen verantwoordelijkheid draagt. Mijn bezwaar komt erop neer dat het hof bij voorbeeld niets overweegt over de vraag of het faxapparaat van het hof op 25 augustus 2015 zo was ingesteld dat het registreert welke faxen op welk moment binnenkomen. Als dat wel het geval is, dan is voor het hof niet lastig na te gaan of de onderhavige fax wel of niet is geregistreerd. Als het hof zo'n registratiesysteem niet in werking had gesteld, dan meen ik dat het weinig klantvriendelijk is en ook onredelijk is om het niet-ontvangen van het faxbericht voor rekening van verzender te laten, nu de verzender een verzendbericht heeft overgelegd en de griffie van het hof de mogelijkheid had het faxregistratiesysteem aan te zetten.

3.9 Het voorgaande betekent dat het hof in het onderhavige geval aan het slot van rov. 3.9 niet kon volstaan met de overweging dat onduidelijk is gebleven wat er tussen het systeem van mr. Hoogeveen en de fax van de griffie van het hof is gebeurd en dat dit in het licht van art. 3:37 BW voor rekening van [verzoekster] komt. De derde klacht slaagt daarmee. De overige klachten hoeven vervolgens geen bespreking. Ik adviseer terugverwijzing van de zaak naar het hof voor intern nader onderzoek.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en terugverwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- het vonnis in de zaak R 08/13/833 van de rechtbank Overijssel van 17 augustus 2015;
 - het arrest in de zaak 200.175.917/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 8 oktober 2015.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [verzoekster] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging en terugverwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 Bij vonnis van 17 augustus 2015 heeft de rechtbank de toepassing van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van [verzoekster] tussentijds beëindigd. [verzoekster] is hiervan in hoger beroep gekomen bij een verzoekschrift dat op 26 augustus 2015 per post is binnengekomen bij het hof, derhalve daags na het verstrijken van de appeltermijn van art. 351 lid 1 Fw. [verzoekster] heeft aangevoerd het verzoekschrift op 25 augustus 2015 per fax te hebben ingediend bij het hof. Ten bewijze daarvan heeft zij een verzendbevestiging overgelegd, waaruit volgt dat de fax die dag succesvol door haar advocaat is verzonden naar de griffie van het hof op de locatie Arnhem.

3.2 Het hof heeft [verzoekster] niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep omdat het te laat is ingesteld. Daartoe heeft het hof als volgt overwogen.

Op geen van beide locaties van het hof is de fax ontvangen. Volgens een e-mail van een senior administratief medewerkster van het hof op de griffie op de locatie Arnhem heeft zij de faxen van 25 augustus 2015 doorgenomen, maar daarbij geen stukken van de advocaat van [verzoekster] aangetroffen. (rov. 3.6)

6 TK 2006-2007, 30 815, nr. 3, p. 16-17.

7 TK 2006-2007, 30 815, nr. 5, p. 5.

Niet is gebleken dat de fax is opgehouden bij de eindserver, in welk geval de niet-ontvangst door het gerecht ingevolge art. 33 lid 3 Rv niet voor risico komt van de rechtzoekende. Ter griffie op de locatie Arnhem is immers nimmer een beroepschrift per fax in deze zaak ontvangen. (rov. 3.8 en 3.9)

De verzendbevestiging die de advocaat van [verzoekster] heeft overgelegd is niet afkomstig van een systeem waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Wat er tussen het systeem waarvan die bevestiging afkomstig is, en de griffie op de locatie Arnhem met de fax is gebeurd, is niet helder geworden. Gelet op de ontvangsttheorie die hier geldt, komt zulks evenwel voor rekening van de verzender. (rov. 3.9)

3.3.1 Uit art. 33 lid 3 Rv volgt dat de ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie van het gerecht voldoende is om de fax van het bericht als door het gerecht ontvangen aan te merken, nu het gerecht de verantwoordelijkheid voor dat apparaat draagt als bedoeld in die bepaling. Een storing of defect van dat apparaat waardoor het bericht niet wordt uitgedraaid, komt niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient.

3.3.2 In de regel beschikt een faxapparaat over de mogelijkheid van zelfstandige registratie van het tijdstip van ontvangst. Indien het faxapparaat op de griffie het tijdstip van ontvangst niet registreert, kan het tijdstip van ontvangst ook op andere wijze komen vast te staan, bijvoorbeeld door een 'confirmation report' van de verzender, dus een verzendbevestiging (HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548).

3.3.3 Blijkens zijn overwegingen is het hof niet nagegaan of het faxapparaat op de griffie van het hof de ontvangst van de fax van de advocaat van [verzoekster] heeft geregistreerd, maar heeft het volstaan met te onderzoeken of een fax van die advocaat door dat apparaat is uitgedraaid. Gelet op het hiervoor in 3.3.1 en 3.3.2 overwogene geeft dit blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het faxapparaat op de griffie van het hof het tijdstip van ontvangst van een fax niet registreert, is het hof op een onjuiste grond voorbijgegaan aan het beroep dat [verzoekster] heeft gedaan op de door haar overgelegde verzendbevestiging.

3.3.4 Het middel bevat op het vorenstaande gerichte klachten en is dus gegrond. Voor het overige behoeft het geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 8 oktober 2015;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing.

NOOT

1. Wij zijn de laatsten die de logge vierkante machine, met ongekend aantal toetsen, meerdere papierlades, bijzondere vastlooppmechanismen, verouderde en hoopvolle ringtonen en veelal inclusief onverklaarbare telefoon, gebruiken. Vaak reden tot grote ergernis en soms redder in nood. Het faxapparaat heeft het nog lang volgehouden en dat is grotendeels te danken aan de vasthoudendheid in gebruik door rechtsinstellingen en de trage implementatie van digitaal procederen.

2. Art. 33 lid 3 Rv bepaalt dat als het tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk door een gerecht elektronisch is ontvangen, geldt het tijdstip waarop dat stuk een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoording draagt.

3. De Hoge Raad en de Parlementaire Geschiedenis houden in beginsel het tijdstip genoemd op de ontvangstbevestiging van het faxapparaat van het gerecht aan om het tijdstip van indiening

vast te stellen (HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26855, 5, p. 35). Dat uitgangspunt wordt ook in onderhavige uitspraak onderschreven. Het gaat om een ontvangstbevestiging die het moment van binnenkomst, zijnde het moment dat het stuk het systeem van gegevensverwerking van het gerecht bereikt, registreert. Het moment waarop de fax daadwerkelijk door het faxapparaat wordt uitgedraaid hoeft dus niet relevant te zijn (*Kamerstukken II* 2006/07, 30815, 3, p. 16).

4. Indien de binnenkomst van de fax niet door het faxapparaat van het gerecht is geregistreerd, kan de verzendbevestiging relevant zijn om het tijdstip van ontvangst te bepalen (HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548, Raad van State 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:249, Rechtbank Noord-Holland 13 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1107, Rechtbank Zwolle-Lelystad 15 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX1606, Rechtbank Utrecht 12 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6850, Rechtbank 's-Gravenhage 19 augustus 2011,

ECLI:NL:RBSGR:2011:BR6256, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26855, 5, p. 35). De Rechtbank Utrecht overwoog zelfs dat bewijslevering van het versturen van een fax gelijk staat aan de bewijspositie van degene die per aangetekende post een brief verstuurt (Rechtbank Utrecht 12 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6850) en de Rechtbank Noord-Holland overwoog dat bij een succesvolle verzendbevestiging het niet nodig is om ook telefonisch te verifiëren of de fax is aangekomen (Rechtbank Noord-Holland 13 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1107). Het tijdstip van ontvangst kan dus worden vastgesteld buiten art. 33 lid 3 Rv om.

5. De Hoge Raad overweegt in de onderhavige uitspraak dat een storing of defect van het faxapparaat waardoor de fax niet wordt uitgedraaid, niet voor risico komt van de verzender. Deze algemene benadering lijkt een verruiming of in elk geval een nadere invulling van het uitgangspunt van art. 3:37 lid 3 BW, inhoudende dat degene die kiest voor verzending per fax in beginsel zelf het risico draagt dat er iets misgaat, tenzij komt vast te staan dat dit het gevolg is van een handeling van het gerecht, van een handeling van een persoon voor wie het gerecht aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die het gerecht betreffen en rechtvaardigen dat het misgaan niet voor risico komt van de indiener van het stuk. De algemene benadering van de Hoge Raad in deze uitspraak lijkt met zich te brengen dat elke storing of defect van het gerechtelijk faxapparaat, ongeacht de oorzaken daarvan, niet voor risico komt van de verzender. Hiermee lijkt de Hoge Raad een algemene risicoverdeling te introduceren ten aanzien van storingen en defecten van het gerechtelijk faxapparaat.

6. De onderhavige uitspraak is daarmee mogelijk relevant voor de toekomst in het kader van het digitaal procederen. Indien storingen of defecten van de systemen voor gegevensverwerking van een gerecht aan digitale ontvangst van stukken in de weg staat, komt dat op basis van deze uitspraak en analoge toepassing daarvan immers niet voor risico van de verzender.

M. Teekens
TeekensKarstens advocaten notarissen