

36

Hoge Raad  
4 december 2015, nr. 14/05031  
ECLI:NL:HR:2015:3476  
ECLI:NL:PHR:2015:1882  
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. Snijders,  
mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)  
(concl. A-G mr. Wesseling-van Gent)  
Noot G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan

**Burgelijk procesrecht. Apparaatsfout. Intrekking eindarrest. Geen kennelijke fout. Gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Burgerlijk procesrecht. Administratieve fout bij griffie. Antwoordakte niet toegevoegd aan procesdossier.**

**Hof trekt eindarrest in en wijst opnieuw eindarrest, dit keer mét inachtneming van de antwoordakte die bij het wijzen van eerdere eindarrest niet in de beoordeling was betrokken. Geen kennelijke fout die zich leent voor eenvoudig herstel. Toepassing gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Rechter kan de rechtskracht van zijn uitspraak niet zelf aantasten. Instemming van partijen met intrekking eerdere eindarrest niet relevant. Nieuwe cassatietermijn gegeven vanwege redelijke wetstoepassing.**

[Rv art. 31, 32; EVRM art. 6]

*Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ontdekt dat het een eindarrest heeft gewezen waarbij de antwoordakte van een der partijen door een apparaatsfout niet is meegewogen in de beoordeling. Het hof poogt dit, na schriftelijke toestemming van partijen, te herstellen door het eindarrest in te trekken en een nieuw eindarrest te wijzen. In dit nieuwe eindarrest wordt de eerder ingediende antwoordakte wél meegenomen, hetgeen leidt tot een tegenovergestelde uitkomst van het geding.*

*De Hoge Raad casseert onder verwijzing naar het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Een rechter kan niet zelf de rechtskracht van zijn uitspraak aantasten, ook niet met instemming van partijen. Onder het toepassingsbereik van art. 31 Rv kan niet worden gebracht het herstellen van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor.*

[eiser]  
Tegen

1. [verweerster 1]
2. [verweerster 2]
3. [verweerster 3]

### Conclusie van de Advocaat-Generaal:

#### 1. Feiten<sup>1</sup> en procesverloop<sup>2</sup>

1.1 Verweersters in cassatie (hierna: [verweerster] c.s.) zijn de

- 1 Zie rov. 6.1 t/m 6.1.5 van het (tussen)arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 19 november 2013; zie daarnaast rov. 2.1 t/m 2.15 van het (tussen)vonnissen van de rechtbank Roermond van 30 maart 2011.
- 2 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1.1 en 1.2 van het (eind)vonnissen van 26 oktober 2011. Zie voor het procesverloop in hoger beroep rov. 2.1 t/m 2.3 van het ar-

weduwe en de dochters van [betrokkene 2], die op 16 oktober 2002 door een misdrijf (doodslag) om het leven is gekomen. De broer van eiser tot cassatie (hierna: [betrokkene 1]) heeft dit misdrijf gepleegd en is daarvoor veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeven jaar.

1.2 [verweerster] c.s. zijn bij de rechtbank Amsterdam een civielrechtelijke procedure gestart tegen [betrokkene 1] waarin zij schadevergoeding wegens het door hem gepleegde feit hebben gevorderd.

1.3 Lopende die procedure hebben [verweerster] c.s. gevorderd dat de rechtbank bij provisioneel vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [betrokkene 1] zal veroordelen tot betaling van een bedrag van € 798.568,-. De rechtbank heeft [betrokkene 1] bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 18 maart 2009 veroordeeld om aan [verweerster] c.s. een bedrag van € 240.498,07 te betalen met wettelijke rente.

1.4 De hoofdzaak heeft geleid tot een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 19 augustus 2009 waarbij [betrokkene 1] is veroordeeld tot betaling aan [verweerster] c.s. van een bedrag van € 857.217,27 met wettelijke rente en kosten en verminderd met het bedrag dat reeds aan voorschot is betaald uit hoofde van het vonnis van 18 maart 2009.

1.5 Ter verzekering van voormelde vordering was op 6 maart 2003 door [verweerster] c.s. ten laste van [betrokkene 1] conservatoir beslag gelegd op een vijftal onroerende zaken gelegen in de gemeente Horst en de gemeente Sevenum. Deze onroerende zaken waren tot 14 mei 2009 voor de helft eigendom van [betrokkene 1] en voor de andere helft van eiser tot cassatie (hierna: [eiser]). [eiser] is sinds 14 mei 2009 voor 100% eigenaar.

1.6 Bij kortgedingvonnis van 6 november 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond op vordering van [eiser] [verweerster] c.s. onder meer veroordeeld tot opheffing en doorhaling van de op de onroerende zaken gelegde beslagen. Dit vonnis is niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.7 Het vonnis van de voorzieningenrechter is bij arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 september 2010 bekrachtigd, met dien verstande dat de opgelegde dwangsommen door het hof zijn verlaagd. Ter uitvoering van het arrest van het hof zijn de onder 1.5 genoemde beslagen op 29 september 2010 doorgehaald.

1.8 [verweerster] c.s. hebben ter verzekering van hun vordering daarnaast, op 5 oktober 2004, conservatoir derdenbeslag doen leggen onder [eiser] en onder de vennootschap onder firma genaamd P&M Free-Time (hierna: de vof) waarvan [eiser] en [betrokkene 1] de vennoten waren. Deze vennootschap is per 30 november 2008 ontbonden<sup>3</sup> en sindsdien door [eiser] als eenmanszaak voortgezet.

1.9 Naar aanleiding van het gelegde derdenbeslag heeft [eiser] op 29 oktober 2004 verklaard dat hij in een rechtsverhouding stond tot [betrokkene 1], maar dat [betrokkene 1] uit die verhouding geen bedragen, zaken of rechten van hem te vorderen had of nog te vorderen zou krijgen. Ook namens de vof is een verklaring met deze inhoud afgelegd<sup>4</sup>.

rest van het hof 's-Hertogenbosch van 18 september 2012 (voeging), rov. 2.1 t/m 2.4 van het arrest van 30 oktober 2012 (voeging), rov. 5 van het (tussen)arrest van 19 november 2013, rov. 8 van het (eerste eind)arrest van 11 maart 2014 en rov. 8 van het (tweede eind)arrest van 10 juni 2014.

- 3 Zie ook prod. 6 bij de inleidende dagvaarding van 16 oktober 2009 waarbij een uittreksel van het handelsregister van de Kamer van Koophandel in het geding is gebracht en waarin staat opgenomen dat tot 20 februari 2009 [eiser] en [betrokkene 1] vennoten waren in een v.o.f. met de handelsnaam P&M Free Time. Hierin staat voorts opgenomen dat beide vennoten op 30 november 2008 uit de vennootschap zijn getreden.

1.10 [betrokkene 1] heeft noch voldaan aan de veroordeling tot betaling van schadevergoeding aan [verweerster] c.s. uit hoofde van het vonnis van 18 maart 2009, noch aan de veroordeling uit hoofde van het vonnis van 19 augustus 2009.

1.11 In de onderhavige procedure, die is ingeleid bij dagvaarding van 16 oktober 2009, hebben [verweerster] c.s. [eiser] zowel in eigen persoon als in zijn hoedanigheid van voormalig vennoot van de vof gedagvaard voor de rechtbank Roermond. Zij hebben daarbij – samengevat<sup>5</sup> – gevorderd dat de rechtbank [eiser] veroordeelt:

(i) tot het afleggen van een verklaring van al hetgeen hij van [betrokkene 1] onder zich heeft/had/zal verkrijgen dan wel aan [betrokkene 1] verschuldigd is/zal worden;

(ii) deze verklaring te voorzien van verificatoire bescheiden;

(iii) nadat de verklaring door [eiser] is afgelegd en door de rechtbank is bepaald hetgeen [eiser] van [betrokkene 1] onder zich heeft/had/ zal verkrijgen dan wel aan [betrokkene 1] verschuldigd is/zal worden, tot afdracht van zodanige gelden en/of goederen.

1.12 [eiser] heeft verweer gevoerd en in reconventie – samengevat – gevorderd:

(a) een verklaring voor recht dat [verweerster] c.s. jegens [eiser] onrechtmatig handelen door de op 6 maart 2003 (op de onroerende zaken) gelegde beslagen vanaf 15 juni 2009, althans vanaf 28 september 2009 onverminderd te handhaven en deswege hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door [eiser] geleden schade en

(b) hoofdelijke veroordeling van [verweerster] c.s. tot betaling van de door [eiser] geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat<sup>6</sup>.

1.13 De rechtbank heeft bij (deel)vonnis van 30 maart 2011 in conventie de zaak verwezen naar de rol van 16 april 2011 voor het nemen van een akte door [verweerster] c.s. en in reconventie de vorderingen van [eiser] afgewezen.

Na verdere aktewisseling heeft de rechtbank vervolgens bij vonnis van 26 oktober 2011 in conventie ook de vorderingen van [verweerster] c.s. afgewezen.

1.14 Vervolgens zijn zowel [verweerster] c.s. als [eiser] bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch in hoger beroep gekomen van de vonnissen van 30 maart 2011 en 26 oktober 2011.

Het hoger beroep van [eiser] (zaaknummers HD 200.102.459 en HD 200.102.462) richtte zich zowel tegen de overwegingen en beslissingen van de rechtbank in conventie als in reconventie; het hoger beroep van [verweerster] c.s. (HD 200.103.007) betrof de overwegingen en beslissingen van de rechtbank in conventie.

1.15 Op incidenteel verzoek van [eiser] heeft het hof bij arrest van 18 september 2012 de voeging van de zaken 200.102.459, 200.102.462 en 200.103.007 bevolen<sup>7</sup>.

1.16 Bij tussenarrest van 19 november 2013 heeft het hof in het kader van de beoordeling van het hoger beroep van de vonnissen in conventie in rechtsoverweging 6.14 overwogen dat de grieven IV en V van [eiser] betrekking hebben op de kern van het onderhavige geding, namelijk de vraag of [eiser] en/of de vof ten tijde van het derdenbeslag op 5 oktober 2004 al dan niet iets aan [betrokkene 1] verschuldigd was/waren of nadien uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding is/zijn geworden, dan wel of [eiser] en/of de vof ten tijde van de beslaglegging al dan niet iets van [betrokkene 1] onder zich had/hadden.

Het hof heeft voorts overwogen dat zowel [eiser] als de vof op 29 oktober 2004 hebben verklaard niets aan [betrokkene 1] verschuldigd te zijn of op grond van een bestaande rechtsverhouding verschuldigd te worden dan wel van [betrokkene 1] onder zich te hebben en daarbij opgemerkt dat alleen de schriftelijke verklaring van [eiser] in het geding is gebracht.

1.17 Vervolgens heeft het hof in rechtsoverweging 6.15 geconstateerd dat [verweerster] c.s. de juistheid van de afgelegde verklaringen hebben betwist en geoordeeld dat hoewel [eiser] ter onderbouwing van de afgelegde verklaringen de jaarrekening 2005 van de vof, alsmede de balansen over de jaren 2002 t/m 2006 heeft overgelegd, die stukken ontoereikend zijn om het geschil tussen partijen te kunnen beoordelen. Het hof heeft [eiser] daarop de opdracht geven (i) de vennootschapsakte van de vof, (ii) de volledige jaarstukken van de vof over de jaren 2004, 2006, 2007 en 2008 en (iii) de verdelingsakte in verband met de ontbinding van de vof per 30 november 2008 in het geding te brengen en in het dictum de zaak daartoe naar de rol verwezen.

1.18 Met betrekking tot het hoger beroep van het vonnis van 30 maart 2011 in reconventie heeft het hof in rechtsoverweging 6.18 overwogen dat de beslissing van de rechtbank in reconventie zal worden bekrachtigd.

1.19 [eiser] heeft op 17 december 2013 een akte na tussenarrest genomen en een zevental producties in het geding gebracht. [verweerster] c.s. hebben op 4 februari 2014 een (antwoord)akte genomen en hierbij één productie in het geding gebracht.

1.20 In zijn (eerste) eindarrest van 11 maart 2014 heeft het hof onder 8 het verdere verloop van de procedure geschetst en daarbij vermeld dat [eiser] een akte met zeven producties heeft genomen en dat [verweerster] c.s. geen (curs. W-vG) antwoordakte hebben genomen.

1.21 Het hof heeft in dit arrest voorts overwogen dat op basis van de overgelegde stukken niet kan worden geconcludeerd dat [eiser] en/of de vof op 5 oktober 2004 iets aan [betrokkene 1] schuldig waren of daarna op basis van de toen bestaande rechtsverhouding schuldig zijn geworden dan wel op die datum iets van [betrokkene 1] (rov. 9.7) en dat door [verweerster] c.s. voor het overige geen feiten en omstandigheden aangevoerd zijn die kunnen leiden tot de conclusie dat de op 29 oktober 2004 door [eiser] (voor zichzelf en voor de vof) afgelegde verklaring onjuist is (rov. 9.8), hetgeen meebrengt dat de grieven IV en V van [eiser] gegrond zijn (rov. 9.9).

Het hof komt onder 9.11 tot de slotconclusie dat de vonnissen waarvan beroep, voor zover gewezen in conventie, met verbetering van gronden, dienen te worden bekrachtigd en dat reeds is geoordeeld dat de vonnissen waarvan beroep, voor zover gewezen in reconventie, dienen te worden bekrachtigd. Deze slotconclusie is vervolgens in het dictum neergelegd.

1.22 Na het wijzen van dit arrest is het hof door [verweerster] c.s. erop gewezen dat, in tegenstelling tot wat staat vermeld in rechtsoverweging 8 van dit arrest, [verweerster] c.s. op 4 februari 2014 wel degelijk een antwoordakte hebben genomen. Vervolgens heeft het hof met schriftelijke instemming van beide

4 Zie ook prod. 4 bij de inleidende dagvaarding. In rov. 2.6 van het vonnis van 30 maart 2011 is bij vergissing vermeld dat [verweerster] c.s. deze verklaring hebben afgelegd.

5 Zie rov. 6.1.6 van het (tussen)arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 19 november 2013.

6 Zie de vorige noot en de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie van 9 december 2009.

7 [eiser] heeft ter rolle van 7 augustus 2012 nogmaals een incidentele memorie tot voeging genomen. Bij arrest van 30 oktober 2012 heeft het hof deze vordering wegens het ontbreken van belang afgewezen nu het hof bij arrest van 18 september 2012 de voeging van de drie zaken al had bevolen.

partijen het arrest van 11 maart 2014 ingetrokken en bepaald dat opnieuw arrest zou worden gewezen<sup>8</sup>

1.23 Op 10 juni 2014 heeft het hof nogmaals arrest gewezen (hierna: het tweede eindarrest), waarin de vonnissen in conventie worden vernietigd en [eiser] wordt veroordeeld tot betaling aan [verweerster] c.s. van een bedrag van € 169.450,= te vermeerderen met de wettelijke rente.

1.24 [eiser] heeft – tijdig<sup>9</sup> – cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 juni 2014, alsmede tegen de brief van de afdelingsvoorzitter/teamvoorzitter van het hof van 20 maart 2014 (zie onderdeel 1 van het cassatiemiddel), de in rov. 8 van het arrest genoemde beslissing van het hof tot intrekking van het eerder in dezelfde zaken gewezen eindarrest van 11 maart 2014, en de beslissing van het hof (de rolraadsheer) de zaken opnieuw op de rol te plaatsen voor het wijzen van een nieuw eindarrest<sup>10</sup>.

Tegen [verweerster] c.s. is verstek verleend.

[eiser] heeft zijn standpunt schriftelijk toegelicht.

## 2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit dertien onderdelen. De onderdelen 1 tot en met 3 richten zich het intrekken door het hof van het eerste eindarrest van 11 maart 2014 en het wijzen van een tweede eindarrest op 10 juni 2014. De onderdelen 4 tot en met 13 hebben betrekking op de (gewijzigde) inhoudelijke beoordeling door het hof van de door [eiser], na het tussenarrest van 19 november 2013, in het geding gebrachte financiële stukken in het licht van de reactie hierop door [verweerster] c.s. in de op 4 februari 2014 genomen antwoordakte.

2.2 Ik behandel eerst de onderdelen 1-3.

In onderdeel 1 wordt, zakelijk en verkort weergegeven, geklaagd dat het hof buiten het gesloten stelsel van rechtsmiddelen om en/of in strijd met het bepaalde in art. 31 Rv en/of 32 Rv, het eindarrest van 11 maart 2014 heeft ingetrokken en het eindarrest van 10 juni 2014 heeft gewezen.

Onderdeel 2 betoogt dat in de brief van 20 maart 2014 van de afdelingsvoorzitter/teamvoorzitter van het hof slechts de suggestie lag besloten dat het hof voornemens was toepassing te geven aan art. 31 Rv en/of 32 Rv om een administratieve fout<sup>11</sup> te herstellen. Nu het hof echter het voornemen had om een geheel nieuw arrest te wijzen, met daarin een nieuwe inhoudelijke beoordeling, heeft het ten onrechte partijen niet in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten.

In onderdeel 3 wordt daaraan de motiveringsklacht toegevoegd dat nu het hof zijn voornemen om het eerste eindarrest in te trekken en het tweede eindarrest te wijzen niet aan partijen heeft voorgelegd, het oordeel van het hof dat partijen met de geschetste gang van zaken hebben ingestemd, onvoldoende is gemotiveerd.

## Gang van zaken

2.3 De gang van zaken met betrekking tot het wijzen van twee eindarresten in deze zaak staat deels omschreven in rechtsoverweging 8 van het arrest van 10 juni 2014 (het tweede eindarrest): “Na het tussenarrest van 19 november 2013 heeft [eiser] een akte met zeven producties genomen (producties 9 tot en met 15). Het verzoek van [verweerster] c.s. om uitstel te verkrijgen voor het nemen van een antwoordakte is aanvankelijk afgewezen op grond van artikel 2.14 van het procesreglement voor de pilot civiele dagvaardingszaken van het hof, maar nadien toch toegewezen: [verweerster] c.s. hebben op 4 februari 2014 een antwoordakte met één productie genomen.

Deze laatste rolverrichting is niet ter kennis gebracht van de kamer van het hof die is belast met de uitspraak in de onderhavige zaak. Als gevolg hiervan is op 11 maart 2014 arrest gewezen zonder dat rekening is gehouden met de antwoordakte van [verweerster] c.s.

Nadat deze omissie was gesignaleerd door [verweerster] c.s. heeft het hof – met instemming van alle partijen, welke instemming schriftelijk is bevestigd bij brieven van respectievelijk 25 maart 2014 en 26 maart 2014 – het arrest van 11 maart 2014 ingetrokken en bepaald dat opnieuw arrest zal worden gewezen. Het hof heeft zich hierbij mede gebaseerd op HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625.

De arrestdatum is nader bepaald op heden.”

2.4 Het hof is er na het wijzen van arrest op 11 maart 2014 (het eerste eindarrest) dus door [verweerster] c.s. op gewezen dat in rechtsoverweging 8 van dat arrest ten onrechte stond vermeld dat zij geen antwoordakte na tussenarrest hadden genomen nu zij dat op 4 februari 2014 wel degelijk hadden gedaan. De kamer van het hof die met de uitspraak in deze zaak was belast, heeft evenwel van die verrichting en daarmee van de antwoordakte met productie geen kennis genomen.

## Herstel?

2.5 In de cassatiedagvaarding wordt gesteld dat het hof vervolgens bij brief van 20 maart 2014, partijen heeft verzocht hun instemming te verlenen voor het intrekken van het arrest van 11 maart 2014 en het wijzen van een nieuw arrest *teneinde deze administratieve fout te herstellen*, alsmede dat de raadslieden van partijen deze instemming vervolgens hebben verleend bij brieven van 25 en 26 maart 2014.

De feitelijke grondslag voor deze stellingen ontbreekt echter nu noch de brief van het hof van 20 maart 2014, noch de “instemmings”-brieven van de raadslieden van partijen van 25 en 26 maart 2014 zijn overgelegd.

2.6 Genoemde stellingen lijken te impliceren dat het hof bedoelde een herstelarrest te wijzen waarin in rechtsoverweging 8 zou worden opgenomen dat [verweerster] c.s. een antwoordakte met productie hebben genomen en dat [eiser] daarom met de gang van zaken heeft ingestemd. Hoe dan ook, het hof heeft geen herstelarrest gewezen, maar – zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde rechtsoverweging – zijn arrest van 11 maart 2014 ingetrokken en een nieuw arrest gewezen waarin het de zaak opnieuw en geheel anders beoordeelt en beslist. Zoals hierna zal blijken, doet het daarbij niet ter zake of partijen al dan niet zouden hebben ingestemd met “intrekking” van het eerste arrest.

2.7 Als het hof zijn tweede eindarrest als herstelarrest zou hebben bestempeld, zou dat blijken gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 31 Rv. Een rechterlijke einduitspraak die op een andere dan een kennelijke vergissing berust, kan niet op de voet van art. 31 Rv worden hersteld. Fouten die neerkomen op een inhoudelijk verkeerde beoordeling van het geschil komen niet in aanmerking voor verbetering. De wetgever heeft te kennen gegeven dat het niet mogelijk is om precies

8 Zie rov. 8 van het arrest van 10 juni 2014. Op p. 4 van de cassatiedagvaarding vermeldt de cassatieadvocaat uit telefonische navraag bij de griffie van het hof te hebben begrepen dat het hof de zaak zonder schriftelijke rolbeslissing op de rol van 27 mei 2014 heeft geplaatst voor het wijzen van arrest, en op 27 mei 2014 heeft aangehouden tot 11 juni 2014.

9 De cassatiedagvaarding is op 9 september 2014 uitgebracht.

10 In de s.t. wordt in nr. 25 vermeld dat [eiser] niet bekend is met enige uitspraak, anders dan het tweede eindarrest zelf, waarin de intrekking van het eerste eindarrest is neergelegd.

11 Bedoeld wordt het ten onrechte in rov. 8 van het arrest van 11 maart 2014 vermelden dat [verweerster] c.s. geen antwoordakte hadden genomen na het tussenarrest van 19 november 2013 terwijl zij op 4 februari 2014 wel degelijk een akte na tussenarrest hadden genomen.

aan te geven in welke gevallen sprake is van een fout die zich voor eenvoudig herstel leent. Wel heeft hij opgemerkt dat het criterium is of voor partijen en derden direct duidelijk is dat het om een vergissing gaat<sup>12</sup>.

2.8 Ik heb in eerdere zaken voorgesteld om voor een aantal gevallen van evidente apparaatsfouten waardoor een partij de toegang tot de rechter is ontzegd, de weg van art. 31 Rv open te stellen teneinde de voor partijen kostbare en tijdrovende omweg van het instellen van cassatieberoep te vermijden<sup>13</sup>. De Hoge Raad heeft daarop geoordeeld dat die gevallen niet vielen onder het toepassingsbereik van de wettelijke regeling met betrekking tot de verbetering van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent.

2.9 Buiten dat daarmee vaste rechtspraak is dat art. 31 Rv niet, althans niet door de rechter, kan worden opgerekt, zou ik een dergelijk voorstel ook nooit in een geval als het onderhavige doen. Het hof heeft namelijk aan de aanvankelijk niet aan hem ter beschikking gestelde antwoordakte beslissende betekenis toegekend waardoor de zaak in het oordeel van het hof is gekanteld ten voordele van [verweester] c.s. Een op die wijze tot stand gekomen uitspraak bevat dan per definitie niet een – voor partijen en derden duidelijke – kennelijke vergissing, maar zou herstel van een (ernstig) processueel verzuim hebben betekend<sup>14</sup>. Daarvoor is art. 31 Rv niet bedoeld<sup>15</sup>.

2.10 Overigens blijkt uit recente rechtspraak dat de feitenrechters zich bewust zijn van de onvermijdelijkheid van de omweg. Zo heeft in de schuldsaneringszaak die leidde tot de beschikking van de Hoge Raad van HR 6 februari 2015<sup>16</sup>, waarin bepaalde stukken niet in de beoordeling van het hof waren betrokken, het hof in de loop van de cassatieprocedure aan (de advocaat van) verzoeker in cassatie en de griffie van de Hoge Raad een brief gezonden waaruit blijkt die stukken (fax en machtiging) wel door het hof ontvangen zouden (moeten) zijn, maar dat deze stukken de raadsheren die het arrest hebben gegeven, niet hebben bereikt en dat deze raadsheren ook niet op de hoogte zijn gesteld van het telefoongesprek<sup>17</sup> dat naar aanleiding van de brief van het hof van 3 september 2014 heeft plaatsgevonden.

### Intrekking

2.11 De intrekking door het hof van zijn arrest is in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Dit stelsel houdt volgens vaste rechtspraak in dat een onjuiste rechterlijke uitspraak – afgezien van het zeldzame geval van het geheel ontbreken van rechtskracht<sup>18</sup> (ofwel volstreekte nietigheid) – niet anders dan

door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetaast en dat ook indien geen rechtsmiddel beschikbaar is, de uitspraak tussen partijen rechtskracht heeft<sup>19</sup>.

2.12 Het hof rechtvaardigt de intrekking door te verwijzen naar het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2003<sup>20</sup>. Deze rechtvaardiging berust evenwel op een verkeerde lezing van dat arrest.

In die zaak had de president op verzoek van de gedaagde partij een tweede kortgedingvonnis gewezen omdat in het eerste vonnis ten onrechte als medegedaagde een partij was opgenomen die al vele jaren geleden was overleden. De kortgedingrechter heeft vervolgens de partijnamen aangepast en de datum van de uitspraak gewijzigd. Bij brief van de president is vervolgens aan partijen meegedeeld dat het tweede vonnis een herstelvonnis is en “heeft te gelden als het enige te dezer zake gewezen vonnis.” In appel werd het beroep op niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep van dit (tweede) vonnis op de grondslag dat het eerste vonnis kracht van gewijsde had gekregen, afgewezen. Daarover werd vervolgens in cassatie geklaagd.

2.13 De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en stelde daarbij allereerst de consequentie van het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen voorop (rov. 3.2.3). Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

“3.2.4 Het oordeel van het hof dat het vonnis van 22 maart 2001 niet kan gelden als een herstelvonnis van het vonnis van 13 maart 2001, is in cassatie niet bestreden. In aanmerking genomen hetgeen hiervóór in 3.2.3 is overwogen, heeft het hof met juistheid geoordeeld dat ‘hieruit volgt dat er in dit geschil twee vonnissen naast elkaar bestaan, te weten het vonnis van 13 maart 2001 en het vonnis van 22 maart 2001’ en dat ‘[n]u Haan het exploit van 23 maart 2001, waarin hij in hoger beroep komt van het vonnis van 13 maart 2001, niet bij het hof heeft aangebracht, dit vonnis in kracht van gewijsde [is] gegaan.’ Aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen het kortgedingvonnis van 22 maart 2001 kan niet afdoen dat het kortgedingvonnis van 13 maart 2001 in kracht van gewijsde is gegaan, nu het vonnis van 22 maart, dat niet als een herstelvonnis kan worden beschouwd, moet worden aangemerkt als een vonnis waarin de kortgedingrechter opnieuw een beslissing heeft gegeven op dezelfde vordering. Het gevolg hiervan was dat het vonnis van 13 maart 2001 door de nieuwe beslissing in hetzelfde kortgeding zijn betekenis had verloren, zodat dat vonnis niet meer ten uitvoer gelegd zou kunnen worden. Onderdeel la stuit hierop af.

2.14 In de specifieke omstandigheden van het geval, te weten de kortgedingrechter had niet de juiste procedure voor een herstelvonnis gevolgd zodat er twee (rechtsgeldige) kortgedingvonnissen naast elkaar bestonden; het eerste kortgedingvonnis had rechtskracht en was in kracht van gewijsde gegaan en tegen het tweede kortgedingvonnis was tijdig een rechtsmiddel ingesteld, oordeelde de Hoge Raad dat het tweede kortgedingvonnis moest worden aangemerkt als een vonnis waarin de kortgedingrechter opnieuw een beslissing heeft gegeven op dezelfde vordering waardoor het eerste kortgedingvonnis zijn betekenis heeft verloren en niet meer ten uitvoer kan worden gelegd.

De Hoge Raad heeft niet geoordeeld, zoals ook Snijders in zijn noot onder dit arrest constateert, dat de rechter buiten de grenzen van art. 31 Rv zijn vonnis mag vervangen.

2.15 Gelet op het voorgaande geeft het oordeel van het hof blijk

12 Zie MvT, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo-Bart, p. 175.

13 Zie HR 13 april 2012, NJ 2012, 246 (Palu Di Mangel c.s./Korpodeko), waarin het Gemeenschappelijk hof – naar onmiddellijk na de uitspraak bleek – ten onrechte had verstaan dat het ingestelde hoger beroep was vervallen omdat het griffierecht te laat was betaald. Ook de zaak die leidde tot HR 7 februari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:272, RvdW 2014/286) handelde over griffierecht dat, anders dan het hof oordeelde, wel op tijd was betaald. Zie voorts mijn conclusie vóór HR 27 mei 2011, NJ 2012, 625 m.nt. H.J. Snijders.

14 HR 27 mei 2011, NJ 2012, 625 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.

15 Zie bijv. Ten Kate & Wesseling van Gent, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken, (BPP nr. 5) 2013/II.3.1; Tjong Tjin Tai, Burgerlijke rechtsvordering, art. 31, aant. 2; Van Mierlo, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 31 Rv, aant. 1. Verg. ook HR (strafkamer) 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ7243, NJ 2012/248, rov. 3.4 en HR (belastingkamer) 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2011:BV2583, AB 2012/72, rov. 3.5.1.

16 ECLI:NL:HR:2015:248, NJ 2015/93, rov. 3.1-3.4.3.

17 De advocaat had gesteld dat zij met de griffie van het hof heeft gebeld en dat toen door de griffie is medegedeeld dat volgens de computer het faxbericht wel was ontvangen.

18 Zie daarover de noot van Heemskerk onder HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588.

19 Zie HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588 (WHH), rov. 3.2 en nadien vele malen herhaald, zoals in HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 558 (HJS) rov. 3.2.3.

20 HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625, NJ 2004/558, m.nt. H.J. Snijders.

van een onjuiste rechtsopvatting en dient het tweede eindarrest, dat niet gewezen had mogen worden, te worden vernietigd.

2.16 Vervolgens herleeft het eerste eindarrest.

Dan doet de bijzonderheid zich voor dat dit arrest, doordat daartegen door [verweerster] c.s. geen rechtsmiddel is ingesteld, in kracht van gewijsde is gegaan. [verweerster] c.s. hebben begrijpelijkerwijs geen rechtsmiddel ingesteld omdat zij, doordat het hof dat arrest introk en een tweede arrest wees waarin zij (grotendeels) in het gelijk werden gesteld, geen enkele reden hadden om een rechtsmiddel in te stellen.

2.17 In de schriftelijke toelichting op onderdeel 1<sup>21</sup> wordt betoogd dat Uw Raad, na vernietiging van het arrest van 10 juni 2014, de zaak zelf kan afdoen door te bepalen dat het eerste (eind)arrest van 11 maart 2014 zijn rechtskracht heeft behouden.

2.18 Het is m.i. evident dat dit betoog niet kan worden gehonoreerd. Wanneer Uw Raad na vernietiging van het arrest van 10 juni 2014 zou bepalen dat het arrest van 11 maart 2014 rechtskracht tussen partijen heeft, zou dit betekenen dat [verweerster] c.s. als gevolg van het processueel onjuiste handelen van het hof de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen tegen dit arrest feitelijk is ontnomen terwijl hen geen enkel processueel verwijt valt te maken inzake het veroorzaken van dit gebrek. Het processueel onjuist handelen van het hof raakt hiermee rechtstreeks de toegang tot de rechter van [verweerster] c.s. zoals beschermd in artikel 6 EVRM. De door [eiser] in cassatie voorgestelde oplossing is niet alleen onrechtvaardig, het zou mogelijk ook een schending van artikel 6 EVRM opleveren wegens excessief formalisme<sup>22</sup>.

2.19 Ik stel dan ook voor om te bepalen dat [verweerster] c.s. een termijn krijgen om cassatie in te stellen tegen dit arrest. Deze uitkomst zou aansluiten bij de vaste rechtspraak van de Hoge Raad inzake de gevolgen van een apparaatsfout<sup>23</sup>. In het arrest van 27 mei 2011<sup>24</sup>, waarin de Hoge Raad overwoog dat, ook bij een ruime opvatting met betrekking tot het toepassingsbereik van art. 31 Rv daaronder niet een geval kan worden gebracht waarin wordt verzocht een met een schending van het beginsel van hoor en wederhoor gegeven beslissing te herstellen door deze beslissing terug te nemen of te herzien, is gekozen voor de oplossing om de termijn voor hoger beroep met veertien dagen te verlengen. De Hoge Raad overwoog hierbij dat een onverkorte toepassing van de appeltermijn onder de gegeven omstandigheden niet zou voldoen aan de eisen van een eerlijk proces zoals beschermd in artikel 6 EVRM en dat de beslissing om de curator een termijn van veertien dagen te geven om alsnog hoger beroep in te stellen tegen de onjuiste rolbeslissing.

2.20 Appel kan echter worden ingesteld bij exploit waar in de gronden nog niet behoeven te zijn voorgedragen. Dat is in cassatie wel het geval. Een redelijke termijn is m.i. daarom in dit geval een termijn van zes weken<sup>25</sup>.

2.21 Gelet op het voorgaande kan bespreking van de onderdelen 4 tot en met 13 achterwege blijven nu daarin klachten worden geformuleerd tegen het oordeel van het hof dat [eiser] op basis van de gegevens in de antwoordakte is gehouden een bedrag van € 169.450,- aan [verweerster] c.s. te betalen.

### 3 Conclusie

De conclusie:

– strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 juni 2014;

– strekt ertoe dat de Hoge Raad verstaat dat door [verweerster] c.s. cassatieberoep kan worden ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 maart 2014 binnen zes weken na de dag waarop het arrest van de Hoge Raad is uitgesproken.

### 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 96747/HA ZA 09-780 van de rechtbank Roermond van 30 maart 2011 en 26 oktober 2011;
- de arresten in de gevoegde zaken HD 200.102.459/01; HD 200.102.462/01 en HD 200.103.007/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 september 2012, 30 oktober 2012, 19 november 2013, 11 maart 2014 en 10 juni 2014.

De arresten van het hof van 11 maart 2014 en 10 juni 2014 zijn aan dit arrest gehecht.

#### 2 Het geding in cassatie

Tegen het laatstgenoemde arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld, alsmede tegen de brief van de afdelingsvoorzitter/teamvoorzitter van het hof van 20 maart 2014. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerster] c.s. is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 juni 2014 en strekt ertoe dat de Hoge Raad verstaat dat door [verweerster] c.s. cassatieberoep kan worden ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 maart 2014 binnen zes weken na de dag waarop het arrest van de Hoge Raad is uitgesproken.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 25 september 2015 op die conclusie gereageerd.

#### 3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 16 oktober 2002 is [betrokkene 2] om het leven gekomen door een misdrijf, gepleegd door [betrokkene 1], die een broer is van [eiser].

21 Onder nr. 32.

22 Zie bijv. EHRM 24 mei 2006, app. no. 20627/04, AB 2006/257, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en EHRM 24 april 2008, app.no. 17140/05, EHRC 2008/78, m.nt. Fernhout.

23 Zie bijv. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1682, NJ 2014/359, HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2798, NJ 2014/418, HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2813, NJ 2014/417 en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, RvdW 2014/1096.

24 HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8693, NJ 2012/625, m.nt. H.J. Sniijders.

25 Mede in het licht van de vaste rechtspraak van het EHRM dat het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 6 EVRM praktisch en effectief dient te kunnen worden uitgeoefend, zie bijv. EHRM 4 december 1995, app.no. 23805/94, rov. 36: "The fact of having access to domestic remedies, only to be told that one's actions are barred by operation of law does not always satisfy the requirements

of Article 6 para. 1 (art. 6-1). The degree of access afforded by the national legislation must also be sufficient to secure the individual's "right to a court", having regard to the principle of the rule of law in a democratic society. For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights (see the de Geouffre de la Pradelle judgment previously cited, p. 43, para. 34)." Ontvankelijkheidsvereisten dienen daarom te getuigen van een redelijke belangenafweging teneinde het recht op toegang tot de rechter niet in de kern aan te tasten, zie bijv. EHRM 7 juli 2009, app.no. 1062/07, EHRC 2009/10 m.nt. Fernhout, rov. 25 en EHRM 28 juni 2005, app. no. 74328/01, EHRC 2005/10 m.nt. Fernhout, rov. 28.

(ii) De eerstgenoemde verweerster in cassatie is de weduwe van [betrokkene 2]. De andere verweersters in cassatie zijn hun kinderen.

(iii) Op vordering van [verweerster] c.s. is [betrokkene 1] in 2009 veroordeeld tot betaling van € 857.217,27 aan hen. [verweerster] c.s. hadden ter verzekering van die vordering in 2003 ten laste van [betrokkene 1] conservatoir beslag doen leggen op onroerende zaken die tot 14 mei 2009 voor de helft eigendom waren van [betrokkene 1] en voor de andere helft van [eiser]. Sinds 14 mei 2009 is [eiser] voor 100% eigenaar.

Op vordering van [eiser] zijn [verweerster] c.s. veroordeeld tot opheffing en doorhaling van de beslagen. De beslagen zijn op 29 september 2010 doorgehaald.

(iv) [verweerster] c.s. hebben ter verzekering van hun vordering in 2004 voorts conservatoir derdenbeslag doen leggen onder [eiser] en onder de vennootschap onder firma P&M Free-Time (hierna: de vof), waarvan [eiser] en [betrokkene 1] de vennoten waren. De vof is per 30 november 2008 ontbonden en sindsdien door [eiser] als eenmanszaak voortgezet. Naar aanleiding van dit derdenbeslag heeft [eiser] op 29 oktober 2004 verklaard dat hij in een rechtsverhouding stond tot [betrokkene 1], maar dat [betrokkene 1] uit die verhouding geen bedragen, zaken of rechten van hem te vorderen had of nog te vorderen zou krijgen. Ook namens de vof is een verklaring met deze inhoud afgelegd.

3.2.1 In dit geding vorderen [verweerster] c.s. in conventie dat [eiser] wordt veroordeeld tot het afleggen van een van verificatoire bescheiden voorziene verklaring van al hetgeen hij van [betrokkene 1] onder zich heeft, had en zal verkrijgen, dan wel aan hem verschuldigd is of zal worden, en tot afdracht van zodanige gelden en goederen. [eiser] vordert in reconventie, samengevat weergegeven, een verklaring voor recht dat de beslagen op de onroerende zaken onrechtmatig waren, en veroordeling tot schadevergoeding.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen over en weer afgewezen.

Beide partijen zijn in hoger beroep gegaan.

Het hof heeft bij tussenarrest van 19 november 2013 overwogen, voor zover in cassatie van belang, dat de beslissing van de rechtbank in reconventie zal worden bekrachtigd en dat [eiser] in conventie stukken in het geding dient te brengen, te weten de vennootschapsakte van de vof, de volledige jaarstukken van de vof over de jaren 2004, 2006, 2007 en 2008, en de verdelingsakte in verband met de ontbinding van de vof per 30 november 2008.

Beide partijen hebben daarop een akte met producties genomen.

3.2.3 Bij arrest van 11 maart 2014 heeft het hof onder meer overwogen dat [eiser] een akte heeft genomen, maar [verweerster] c.s. niet. Het arrest houdt aan het slot in:

“10. De uitspraak (...)

Het hof:

bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep zowel in conventie als in reconventie, maar met verbetering en wijziging van de gronden wat betreft de beslissing in conventie; compenseert de kosten (...).

Dit arrest is (...) in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 11 maart 2014.”

3.2.4 Bij arrest van 10 juni 2014 heeft het hof de vonnissen waarvan beroep voor zover in conventie gewezen vernietigd, [eiser] veroordeeld tot betaling van € 169.450,- aan [verweerster] c.s., met rente, hem verwezen in de proceskosten in conventie in eerste aanleg, en de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd voor zover in reconventie gewezen. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen:

“8. Het verdere verloop van de procedure

Na het tussenarrest van 19 november 2013 heeft M. [eiser] een akte met zeven producties genomen (producties 9 tot en met 15). Het verzoek van [verweerster] c.s. om uitstel te verkrijgen voor het nemen van een antwoordakte is aanvankelijk afgewezen op grond van artikel 2.14 van het procesreglement voor de pilot civiele dagvaardingszaken van het hof, maar nadien toch toegewezen: [verweerster] c.s. hebben op 4 februari 2014 een antwoordakte met één productie genomen.

Deze laatste rolverrichting is niet ter kennis gebracht van de kamer van het hof die is belast met de uitspraak in de onderhavige zaak. Als gevolg hiervan is op 11 maart 2014 arrest gewezen zonder dat rekening is gehouden met de antwoordakte van [verweerster] c.s.

Nadat deze omissie was gesignaleerd door [verweerster] c.s. heeft het hof – met instemming van alle partijen, welke instemming schriftelijk is bevestigd bij brieven van respectievelijk 25 maart 2014 en 26 maart 2014 – het arrest van 11 maart 2014 ingetrokken en bepaald dat opnieuw arrest zal worden gewezen. Het hof heeft zich hierbij mede gebaseerd op HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625.

De arrestdatum is nader bepaald op heden.”

3.3 Onderdeel 1 klaagt dat het hof ten onrechte, buiten het gesloten stelsel van rechtsmiddelen om en in strijd met het bepaalde in de art. 31 en 32 Rv, het eindarrest van 11 maart 2014 heeft ingetrokken en het eindarrest van 10 juni 2014 heeft gewezen. Aangezien het gesloten stelsel van rechtsmiddelen van openbare orde is en niet ter vrije beschikking van partijen staat, kan de toestemming die partijen volgens het hof hebben verleend, de intrekking van het arrest van 11 maart 2014 en het wijzen van het arrest van 10 juni 2014 niet rechtvaardigen. Voor de toepassing van de art. 31 en 32 Rv was geen plaats. De omstandigheid dat door een administratieve fout geen acht was geslagen op de antwoordakte van [verweerster] c.s., is geen kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. Evenmin was sprake van een verzuim om te beslissen op een onderdeel van het gevorderde, aldus de klacht.

3.4.1 De rechter kan zijn uitspraak met toepassing van art. 31 Rv verbeteren als sprake is van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. Onder het toepassingsbereik van art. 31 Rv valt niet het geval waarin uitspraak is gedaan met schending van het beginsel van hoor en wederhoor (HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8693, NJ 2012/625). De rechter kan zijn uitspraak met toepassing van art. 32 Rv aanvullen als hij heeft verzuimd te beslissen over een onderdeel van het gevorderde of verzochte.

3.4.2 Buiten het toepassingsbereik van de art. 31 en 32 Rv kan de rechter niet zelf de rechtskracht van zijn uitspraak aantasten, ook niet met instemming van partijen. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt mee dat die aantasting is voorbehouden aan de hogere rechter, aan wie door aanwending van een rechtsmiddel kan worden gevraagd een uitspraak uit de vorige instantie te vernietigen.

3.5.1 Blijkens het hiervoor in 3.2.4 aangehaalde oordeel heeft het hof op enig moment het arrest van 11 maart 2014 ingetrokken en bepaald dat opnieuw arrest zal worden gewezen, en heeft het die intrekkingbeslissing bij arrest van 10 juni 2014 gehandhaafd.

3.5.2 Voor zover de klachten betogen dat het hof in het arrest van 10 juni 2014 toepassing heeft gegeven aan art. 32 Rv, kunnen zij niet tot cassatie leiden, omdat het bestreden oordeel daarvoor geen aanknopingspunt bevat.

3.5.3 In zijn arrest van 10 juni 2014 heeft het hof als omissie aangeduid dat in zijn arrest van 11 maart 2014 geen rekening is gehouden met de antwoordakte van [verweerster] c.s. Voor zover

het hof van oordeel was dat dit een schending van het beginsel van hoor en wederhoor was die met toepassing van art. 31 Rv kon worden hersteld, heeft het hof het toepassingsbereik van die bepaling miskend (zie hiervoor in 3.4.1). Voor zover het hof dit niet heeft miskend, maar van oordeel was dat de geconstateerde ommissie met toestemming van partijen niettemin door het hof zelf kon worden hersteld, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het in strijd is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (zie hiervoor in 3.4.2). In zoverre slagen de klachten.

3.6 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

3.7 De vernietiging van het arrest van 10 juni 2014 brengt mee dat het arrest van 11 maart 2014 rechtskracht heeft behouden. Daarmee behoeften partijen echter geen rekening te houden, doordat het hof binnen de termijn voor het instellen van cassatieberoep tegen het arrest van 11 maart 2014 aan hen heeft laten weten dat arrest “in te trekken”. Aan partijen zal daarom gelegenheid moeten worden gegeven desgewenst alsnog cassatieberoep en eventueel incidenteel cassatieberoep in te stellen tegen het arrest van 11 maart 2014. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat de ingevolge art. 402 lid 1 Rv geldende termijn van drie maanden aanvangt daags na deze uitspraak van de Hoge Raad.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 juni 2014;

bepaalt dat binnen drie maanden, te rekenen van de dag van deze uitspraak van de Hoge Raad, beroep in cassatie tegen het arrest van 11 maart 2014 kan worden ingesteld;

veroordeelt [verweerster] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 2094,98 aan verschotten en € 2600,- voor salaris.

#### NOOT

1. Een misdrijf uit 2002 geeft aanleiding tot een (langshepend) civiel geschil. De weduwe en de dochters van het overleden slachtoffer eisen schadevergoeding van de dader. Deze vordering werd op 19 augustus 2009 toegewezen tot een bedrag van € 857.217,27.

2. Om betaling van de schadevergoeding zeker te stellen, werd door de nabestaanden reeds in 2004 conservatoir derdenbeslag gelegd onder de broer van de dader en onder de in de vorm van een vof door de dader en diens broer gedreven meubelzaak. De beslagene verklaarden dat de dader niets van hen te vorderen had of nog (rechtstreeks) te vorderen zou krijgen. De nabestaanden zagen in deze derdenverklaringen aanleiding om op grond van art. 477a Rv een verklaringsprocedure te starten.

3. De broer van de dader (de vof was inmiddels ontbonden) stelde in de verklaringsprocedure een reconventionele vordering in. De nabestaanden zouden onrechtmatig hebben gehandeld met de gelegde conservatoire derdenbeslagen. De Rechtbank Roermond (niet-gepubliceerd) wees alle vorderingen van partijen af. De broer en de nabestaanden komen beiden (zelfstandig) in hoger beroep tegen het vonnis.

4. Om vast te kunnen stellen of de beslagene op de datum van het conservatoir derdenbeslag iets verschuldigd waren aan de dader, gaf het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, bij tussenarrest van 19 november 2013, aan de broer de opdracht om bij akte verificatoire bescheiden in het geding te brengen, te weten de vennootschapsakte, de volledige jaarstukken van de vof over

2004, 2006, 2007 en 2008 en de verdelingsakte in verband met de ontbinding van de vof per 30 november 2008.

5. Uit de akte en producties van de broer bleek onder meer dat er tussen 2004 en 2008 uit het vermogen van de vof betalingen aan of ten behoeve van de dader werden verricht, bij wijze van voorschotten op de winst.

6. De nabestaanden namen op 4 februari 2014 een antwoordakte met één productie. Door een apparaatsfout werd deze antwoordakte niet toegevoegd aan het procesdossier.

7. Het hof wees op 11 maart 2014 (op basis van het onvolledige procesdossier) eindarrest. Het hof oordeelde in dit arrest dat de betalingen, die tussen 2004 en 2008 als voorschotten op winst waren gedaan, achteraf bezien niet verschuldigd waren – de vof maakte vooral verlies – en daarom vielen de betalingen niet onder het conservatoir derdenbeslag. De derdenverklaringen waren juist geweest. Het hof bekrachtigde het bestreden vonnis.

8. De nabestaanden attendeerden het hof op de apparaatsfout. Na verkregen schriftelijke toestemming van beide partijen werd het eerdere eindarrest door het hof ingetrokken en bepaald dat opnieuw arrest zou worden gewezen. De bevoegdheid hiertoe baseerde het hof op HR 24 oktober 2003, NJ 2004/558 (*Kollöffel/Haan*).

9. Op 10 juni 2014 wees het hof een nieuw eindarrest, mét inachtneming van de inhoud van de antwoordakte van de nabestaanden. De eindbeslissing van het hof sloeg volledig om: de betalingen verricht tussen 2004 en 2008 vielen tóch onder het conservatoir derdenbeslag. De beslagene hadden – anders dan het hof meende in het eindarrest van maart 2014 – een onjuiste derdenverklaring afgelegd. Het hof veroordeelde de broer tot betalingen van in hoofdsom € 169.450,- aan de nabestaanden.

10. Ter onderbouwing van deze beslissing wijst het hof in r.o. 9.4 op het feit dat “anders dan [de broer] stelt, de voorschotten op winstuitkeringen niet [kunnen] worden aangemerkt als periodieke betalingen in de zin van artikel 475c Rv.” Deze overweging van het hof valt op, aangezien in het eerdere eindarrest over de beslagvrije voet van art. 475c Rv niets werd overwogen. Kennelijk hebben de nabestaanden het beroep op art. 475c Rv bestreden in hun antwoordakte, waarop het hof zich in het nieuwe eindarrest alsnog geroepen heeft gevoeld op dit nu weersproken verweer van de broer in te gaan.

11. Het hof komt in r.o. 9.5 met nog een opvallende uitspraak. “Het beroep van [de broer] op verrekening van de voorschotbetalingen met het [aandeel in het] negatieve kapitaal van [de dader] in de vof gaat niet op: weliswaar had de vof zich destijds op verrekening kunnen beroepen, maar zij heeft dat niet gedaan; aan [de broer] komt thans geen beroep op verrekening toe jegens [de nabestaanden] als beslaglegger.” Deze overweging is opmerkelijk, omdat het beroep van de broer op verrekening in het eindarrest van maart 2014 eveneens niet met zo veel woorden terug te vinden is. Het lijkt erop dat de nabestaanden in hun antwoordakte dit verrekeningsverweer hebben bestreden. Met succes: de broer komt, zo oordeelt het hof in het nieuwe eindarrest, toch géén beroep op verrekening toe.

12. Het zal niet verbazen dat de broer, ondanks zijn eerdere toestemming voor intrekking van het eindarrest van maart 2014, cassatie ingesteld heeft tegen het eindarrest van juni 2014. De cassatie spitst zich toe op de vraag of het hof het eindarrest van maart 2014 mocht intrekken om daar vervolgens een (inhoudelijk sterk afwijkend) nieuw eindarrest voor in de plaats te stellen.

13. In art. 31 Rv is bepaald dat een rechter zijn eigen kennelijke rekenfouten, schrijffouten of andere kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen, moet herstellen (A.I.M. van Mierlo, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2016, art. 31 Rv, aant. 1). Als de rechter verzuimt te beslissen op een deel van het gevorderde biedt art. 32 Rv uitkomst. Ook vóór de invoering van

deze artikelen in 2002 liet de Hoge Raad aanvulling en herstel in een aantal gevallen toe. Zie HR 29 april 1994, *NJ* 1994/497 (*Bodair/Meijboom*). Herstel van een uitspraak op grond van art. 31 Rv is alleen mogelijk als voor partijen en derden direct duidelijk is dat er een vergissing is gemaakt, bijvoorbeeld als de rechter in zijn dictum de namen van twee partijen heeft verwisseld.

14. Uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat art. 31 Rv niet kan worden ingezet voor het herstel van juridische fouten, processuele verzuimen en apparaatsfouten (vgl. HR 27 januari 1989, *NJ* 1989/588 (*Curator Jamin/Geels*); T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 31 Rv, aant. 2 Deventer: Kluwer 2015 met verwijzing naar onder andere HR 27 mei 2011, *NJ* 2012/625 (*Curatoren Berkbouw/Veco*), m.nt. H.J. Sniijders, r.o. 3.4 en HR 17 december 1999, *NJ* 2000/171 (*Thuiszorg Midden-Limburg/Plum-De Groot*)). In het voorliggende geding gaat het nu juist om een apparaatsfout. Daarom is het hof met de nodige creativiteit 'buiten art. 31 Rv om' naar een herstelbevoegdheid gaan zoeken.

15. De Hoge Raad casseert in lijn met de conclusie van de A-G. De specifieke situaties waarvoor art. 31 en 32 Rv zijn geschreven, deden zich hier niet voor. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt met zich dat het hof niet zelf het eindarrest van maart 2014 mocht herstellen. Dat de partijen schriftelijk hun toestemming hadden gegeven voor deze pragmatische aanpak doet daaraan niet af.

16. De verwijzing van het hof in r.o. 8 naar HR 24 oktober 2003, *NJ* 2004/558 (*Kollöffel/Haan*) overtuigt de Hoge Raad niet (zie ook de A-G onder 2.12 e.v.). In dat arrest werd – kort gezegd – beslist dat een kortgedingvonnis haar betekenis kan verliezen als (dezelfde) kortgedingrechter kort na dat vonnis nog een vonnis wijst ten aanzien van dezelfde feiten. Geen intrekking of vervanging van het eerdere vonnis dus, maar een geheel nieuw vonnis. Het wijzen van een nieuw vonnis was in dat geval niet in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, met name omdat een kortgedingvonnis per definitie geen gezag van gewijsde toekomt (zie ook HR 16 december 1994, *NJ* 1995/213 (*Kloes/Fransman*) en H.J. Sniijders in zijn noot onder *NJ* 2004/558). De Hoge Raad aanvaardde in het arrest *Kollöffel/Haan* een uitzonderlijke variant van verval van executoriale kracht van een kortgedingvonnis. Maar het wijzen van een nieuw vonnis of arrest over dezelfde feiten kan niet worden aanvaard in bodemprocedures (zoals bij een verklaringsprocedure) waarvan de uitkomst wél gezag van gewijsde kan toekomen (zie ook «JIN» 2014/158, m.nt. G.J. de Bock).

17. Begrijpelijk is dat rechters bij een evident foutieve uitspraak door een processueel verzuim of een apparaatsfout de drang voelen (zelfstandig) over te gaan tot herstel van de fout zonder dat partijen daarvoor een rechtsmiddel moeten aanwenden; zeker wanneer partijen daarmee instemmen. Een Bredase kantonrechter oordeelde recentelijk in een proces-technisch vergelijkbare zaak (in een breed gemotiveerd vonnis) dat hij op grond van art. 31 Rv geen herstelbevoegdheid had. Om vervolgens, na afweging van alle belangen en onder verwijzing naar de proces-economie, desalniettemin over te gaan tot vervallenverklaring van zijn eindvonnis onder het bevel tot voortzetting van de procedure in de stand waarin het zich bevond op het moment van het wijzen van het eindvonnis (Rb. Zeeland-West Brabant 24 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6722, r.o. 2.7 e.v.). In de overwegingen wierp de kantonrechter reeds de vraag op of zijn 'noodgreep' procesrechtelijk gezien juist was. Naar onze lezing heeft de Hoge Raad ook die vraag nu beantwoord: dit soort pragmatische oplossingen is niet toegestaan. De omweg van het instellen van een rechtsmiddel is, in gevallen als deze, onvermijdelijk.

18. De vernietiging van het eindarrest van het hof van juni 2014

brengt met zich dat het eerdere eindarrest van maart 2014 rechtskracht heeft behouden. Naar de letter van de wet zouden de nabestaanden tegen dat eindarrest geen cassatie meer kunnen instellen. Met een beroep op art. 6 EVRM concludeert de A-G dat het onredelijke gevolg van het verstrijken van de cassatietermijn voor de nabestaanden moet worden weggenomen door het gunnen van een nieuwe termijn van zes weken.

19. Op dit onderdeel komt de Hoge Raad, in r.o. 3.7, de nabestaanden wél tegemoet. De nabestaanden krijgen een nieuwe cassatietermijn van drie maanden. Een vergelijkbare oplossing paste de Hoge Raad toe in *NJ* 2012/625. Als hoogste rechtscollège kan de Hoge Raad een dergelijke termijn gunnen aan de nabestaanden (zie ook P.A. Fruytier en L.V. van Gardingen, 'De aanvulling en verbetering van uitspraken – een onderzoek naar het toepassingsbereik van art. 31 en 32 Rv', *TCR* 2014/3, p. 78, 80-81).

20. Als art. 6 EVRM ertoe dwingt af te wijken van het procesrecht, dan kan de Hoge Raad een incidentele noodgreep (bijvoorbeeld het gunnen van een nieuwe termijn) accepteren. Indien art. 6 EVRM niet tot een afwijking van de regels (bijvoorbeeld als een rechtsmiddel openstaat) dwingt, prevaleert het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

21. De nabestaanden zullen nu cassatie moeten instellen tegen het eindarrest van maart 2014. Dat eindarrest is – doordat de antwoordakte is genegeerd – tot stand gekomen onder invloed van (ernstige) vormverzuimen, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Zo goed als zeker zal een verwijzingshof het eindarrest van maart 2014 moeten herbeoordelen. Het is goed voorstelbaar dat dan alsnog tot hetzelfde eindoordeel wordt gekomen als het hof in het eindarrest van juni 2014.

22. Het arrest van de Hoge Raad past binnen het procesrechtelijke systeem van regels en procedures, maar echt bevredigend is het niet. De nabestaanden staan nog steeds met lege handen, terwijl dat niet zo had hoeven zijn als de antwoordakte van de nabestaanden de eerste keer onder de aandacht van het hof was gebracht. Omdat dit soort apparaatsfouten nooit volledig kan worden voorkomen, zal méér nodig zijn om dit soort nadelige gevolgen voor de rechtszoekende weg te nemen. Ook sinds de invoering van art. 31 en 32 Rv is immers gebleken dat rechters en partijen zoeken naar flexibiliteit (vgl. *NJ* 2012/625 en HR 3 februari 2012, *AB* 2012/72, m.nt. Ortlep). Te denken valt aan een wettelijke verruiming van de toepassing van art. 31 Rv. Een andere oplossing kan zijn dat de Hoge Raad (of de Staat zelf) partijen die benadeeld zijn door een apparaatsfout (iets) ruimere mogelijkheden biedt hun schade op de Staat te verhalen (over dit omvangrijke leerstuk I. Giesen, *Asser Procesrecht* 1, Deventer: Kluwer 2015, nr. 4.7. e.v.). Hoe dan ook, er zal een manier gevonden moeten worden om – met behoud van hoor en wederhoor én de rechtszekerheid die het gesloten stelsel van rechtsmiddelen biedt – apparaatsfouten effectiever te herstellen.

G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan  
TeekensKarstens advocaten notarissen