

De procedure na cassatie en verwijzing

Mr. N. T. Dempsey *

1 Gecasseerd; en (hoe) nu verder?

Indien de Hoge Raad op grond van de aangevoerde cassatiemiddelen overgaat tot vernietiging van de bestreden uitspraak, is er een aantal mogelijke uitkomsten. Volgens de wet is hoofdregel dat de Hoge Raad het geding zelf afdoet.¹ In de praktijk doet zich dit echter niet vaak voor. Meestal moet er na vernietiging opnieuw of alsnog over één of meer feitelijke kwesties worden beslist. In dat geval dient de Hoge Raad het geding te verwijzen naar een feitenrechter, tenzij sprake is van punten van ondergeschikte aard waarover de Hoge Raad op basis van de gedingstukken zelf kan beslissen.² Indien na vernietiging nog moet worden beslist over rechtspunten, doet de Hoge Raad naar bevind van omstandigheden deze zelf af of zal hij het geding verwijzen.³

Voor het geval de Hoge Raad het geding na vernietiging van de bestreden uitspraak verwijst, verwijst hij het geding volgens art. 422a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) terug naar de rechter wiens uitspraak is vernietigd. Echter, de praktijk van de Hoge Raad is dat het geding op grond van art. 423 Rv wordt verwezen naar een ander – in de regel: aangrenzend – gerecht. Dit is slechts anders indien sprake is van een ‘unieke’ instantie – zoals de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam⁴ of het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen⁵ – dan wel vernietiging van bijvoorbeeld een beslissing tot onbevoegdheid⁶ waardoor het gerecht van de vernietigde uitspraak nog niet inhoudelijk over de zaak heeft beslist.

Het gerecht waarnaar in het geding wordt verwezen, is op grond van art. 424 Rv verplicht ‘de behandeling daarvan voort [te zetten] en [te beslissen] met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad’. Meer heeft de wetgever niet geregeld over de verwijzingsprocedure. De uitwerking van deze regel en het antwoord op de vraag ‘Hoe nu verder in verwijzing?’ moeten dan ook worden gezocht in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In deze bijdrage⁷ wordt aan de hand van de

ontwikkelingen in die jurisprudentie ingegaan op wat de verwijzingsrechter bij de voortgezette behandeling van het geding moet en (al dan niet) mag (par. 2) en wat de (on)mogelijkheden zijn voor partijen om na verwijzing nog iets aan hun vorderingen, stellingen, weren en bewijs te wijzigen of toe te voegen (par. 3). Tot slot wordt, na deze behandeling van de meer inhoudelijke aspecten van het ‘verwijzingsrecht’, aandacht besteed aan de praktische respectievelijk procesrechtelijke kanten van de verwijzingsprocedure (par. 4).⁸

2 Voortzetting van het geding na verwijzing met inachtneming van ...

Cassatieberoep wordt gezegd slechts ‘partiële werking’ te hebben. Dit hangt samen met het bepaalde in art. 419 Rv, op grond waarvan de Hoge Raad zich bij zijn onderzoek van de bestreden uitspraak moet beperken tot de cassatiemiddelen. Buiten die middelen om mag de Hoge Raad niet casseren. Hoewel de Hoge Raad in zijn dictum de bestreden uitspraak vernietigt, is de bestreden uitspraak daarmee niet volledig van tafel geveegd.

Soms geeft de Hoge Raad de verwijzingsrechter instructies,⁹ maar vaak ook niet. De verwijzingsrechter moet dan op basis van de overwegingen van de Hoge Raad bepalen welke gedeelten van de bestreden uitspraak na cassatie nog overeind staan en over welke geschilpunten hij (opnieuw of alsnog) na verwijzing een oordeel moet geven.¹⁰ Binnen het volgens de hierna te bespreken door de Hoge Raad ontwikkelde deelregels ‘ontsloten’ geding na cassatie zal ook de verwijzingsrechter ambtshalve rechtsgronden moeten aanvullen (art. 25 Rv). Dit brengt met zich dat de verwijzingsrechter na cassatie bijvoorbeeld alsnog – al dan niet op voorzet van een van de partijen –

* Mr. N.T. Dempsey is advocaat bij Houthoff Buruma.

1. Art. 420 Rv.

2. Art. 421 Rv.

3. Art. 422 Rv.

4. Zie ter illustratie HR 17 december 2010, NJ 2011, 213 (VEB/KPNQWest).

5. Art. 9 lid 1 van de Cassatieregeling Nederlandse Antillen en Aruba.

6. Zie bijv. HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 350 (Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek).

7. Zie voorts over de procedure na cassatie en verwijzing: B. Winters, De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992; Asser Procesrecht/Veegens, Korhals Altes & Groen 2005, nr. 199-201; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nr. 253-261 en hoofdstuk 9 van W.D.H. Asser, Civiele cassatie, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

8. Voor wat betreft de procedure na verwijzing van Antilliaanse en Arubaanse zaken heeft de Hoge Raad overigens bepaald dat de in het Nederlands recht geldende regels daarvoor als uitgangspunt dienen, voor zover de aard van de Antilliaanse of Arubaanse procedure niet tot afwijking noopt: HR 8 februari 1991, NJ 1991, 325 (Maduro/Rigaud), r.o. 3.3.

9. Zie bijv. HR 11 november 2011, LjN BR5223, r.o. 4.7 (de Hoge Raad stelt vast dat in verwijzing als vaststaand zal hebben te gelden dat de werkgever zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW niet is nagekomen, zodat na verwijzing nog slechts de hoogte van de schadevergoeding aan de orde zal zijn); HR 3 september 2010, LjN BM7048, r.o. 3.3.2-3.3.3 (de Hoge Raad constateert dat het hof – in tegenstelling tot instructies in het eerste arrest van de Hoge Raad – een essentiële stelling van de vrouw niet in zijn beoordeling heeft betrokken); HR 29 november 2002, NJ 2004, 172 (Dipasa/Huyton), r.o. 3.7 (de Hoge Raad wijst de verwijzingsrechter erop dat, nu sprake was van een fundamentele schending van de regels van hoor en wederhoor door de rechter voor cassatie, na verwijzing op het hoger beroep geheel opnieuw zal moeten worden beslist).

10. HR 2 mei 1997, NJ 1998, 237 (Caransa/Lüske), r.o. 4.1.

een bepaalde proceshandeling als strijdig met een goede procesorde terzijde mag stellen.¹¹

2.1 Niet- of tevergeefs bestreden beslissingen in cassatie

De verwijzingsrechter moet dus bepalen wat de grenzen van het geding – de rechtsstrijd – na verwijzing zijn. Daarbij geldt als regel dat de verwijzingsrechter gebonden is aan alle niet- of tevergeefs in cassatie bestreden beslissingen.¹² De ratio van deze regel is in essentie dezelfde als die van de leer van de bindende eindbeslissing: het uit het oogpunt van een goede procesorde beperken van het debat, oftewel *lites finiri oportet*.¹³ Bovendien, zo is de gedachte, als men het met een bepaalde (eind)beslissing in de procedure vóór cassatie niet eens was, dan had men dit in de cassatieprocedure aan de orde moeten stellen. De rechtvaardiging voor de regel dat de verwijzingsrechter gebonden is aan in cassatie niet-bestreden beslissingen, kan dan ook tevens worden gevonden in de partijautonomie: evenals de appelrechter is ook de verwijzingsrechter gebonden aan door partijen niet bestreden eerdere rechterlijke beslissingen.

Indien daarentegen wel over een beslissing in cassatie is geklaagd, maar de betreffende klacht is verworpen, dan spreekt het voor zich dat de verwijzingsrechter – die de uitspraak van de Hoge Raad na verwijzing in acht moet nemen – niet alsnog tot een andere beslissing mag komen.¹⁴ Ook een beroep op art. 94 Grondwet¹⁵ in combinatie met art. 1 Eerste Protocol Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het recht op een effectieve rechtsbescherming zoals neergelegd in art. 13 EVRM, kan er niet toe leiden dat art. 424 Rv opzij wordt gezet en de verwijzingsrechter niet gebonden zou zijn aan de verwerping door de Hoge Raad van tegen een oordeel van de rechter vóór verwijzing gericht cassatieklachten.¹⁶ Het voorgaande wordt niet anders indien beide partijen bewilligen in een onderzoek van de verwijzingsrechter naar de juistheid van een door het eerdere cassatieberoep niet-bestreden beslissing van de rechter vóór cassatie.¹⁷

Voor elke regel gelden echter uitzonderingen. Zoals er uitzonderingen zijn op de leer van de bindende eindbeslissing, geldt dat ook in de procedure na verwijzing de rechter in uitzonderlijke gevallen kan terugkomen op een vóór cassatie gegeven beslissing die in cassatie niet (of tevergeefs) is bestreden. Daartoe werd tot voor kort algemeen aangenomen dat daarvoor aan dezelfde uitzonderlijke gevallen moest worden gedacht als waarin de rechter op een bindende eindbeslissing

terug mocht komen.¹⁸ In 2008 heeft de Hoge Raad in het arrest De Vries/Gemeente Voorst¹⁹ de leer van de bindende eindbeslissing versoepeld. Zo was voorheen een terugkomen enkel toegestaan indien het onaanvaardbaar zou zijn de beslissing te handhaven, terwijl thans geldt dat een door de rechter geconstateerde feitelijke of juridische onjuistheid voldoende is om (nadat partijen daarover zijn gehoord) op een eerdere eindbeslissing terug te komen. Naar aanleiding hiervan rees de vraag of en in hoeverre deze 'soepelere' leer ook voor de procedure na cassatie zou hebben te gelden.²⁰ De verwijzingsprocedure heeft immers te gelden als een voortzetting van een eerdere onvoltooide instantie.²¹

Inmiddels is op deze vraag door de Hoge Raad beslist in een arrest van 24 december 2010.²² In die zaak – die de verdeling van een huwelijksgemeenschap volgens huwelijkse voorwaarden betrof – verwierp de Hoge Raad in zijn eerste arrest cassatieklachten van de vrouw die gericht waren tegen het oordeel van het Hof Den Haag dat de waarde van een woning niet in de verrekening betrokken hoefde te worden.²³ In verwijzing zocht het Hof Amsterdam aansluiting met de leer van de bindende eindbeslissing om met een beroep daarop – in verband met een later gewezen arrest van de Hoge Raad inzake de verrekening van de beleggingswaarde of nominale waarde van overgespaarde inkomsten – tot een ander oordeel te komen dan het Hof Den Haag vóór cassatie.²⁴ Naar aanleiding van een hiertegen gerichte cassatieklacht oordeelt de Hoge Raad:

'Op grond [van het feit dat het eerdere cassatieberoep van de vrouw omtrent de verrekening van de waarde van de woning te Westmaas was verworpen] kon over dit geschilpunt na verwijzing niet meer (opnieuw) worden beslist. Anders dan het hof heeft geoordeeld, gaat het hier niet om de beantwoording van de vraag of mocht worden teruggekomen van de bindende eindbeslissing van het gerechtshof te 's-Gravenhage. Daartoe bestond voor het hof in dit stadium van het geding geen mogelijkheid, nu de rechtsstrijd na cassatie door de verwerping van het middel aldus was afgebakend dat over dit geschilpunt definitief was beslist en dat het tevergeefs bestreden oordeel van het gerechtshof te 's-Gravenhage in zoverre onaantastbaar was geworden.'²⁵

De 'soepelere' leer van de bindende eindbeslissing vindt aldus geen toepassing in de procedure na verwijzing.

11. HR 13 november 1998, NJ 1999, 173 (Postbank/Huibregts), r.o. 3.2.

12. Zie bijv. HR 15 februari 2008, LjN BC0383, r.o. 3.3.4.

13. Vgl. HR 4 mei 1984, NJ 1985, 3 (Van der Meer/Siller & Jamart), r.o. 3.3.

14. Vgl. nr. 2.11 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 16 september 2011, LjN BR6118.

15. Dat de rechter verplicht wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten indien deze niet verenigbaar zijn met eenieder verbindende bepalingen van verdragen.

16. HR 2 september 2011, LjN BQ5098, r.o. 4.1-4.2. Zie in het bijzonder ook nr. 2.9-2.11 van de conclusie van A-G Langemeijer voor dit arrest.

17. HR 8 maart 1967, NJ 1967, 198, p. 538 (rk).

18. Zie o.m. B. Winters, Verwijzing na cassatie in civiele zaken, *Advocaatblad* 2000, nr. 17, p. 690 en 691.

19. HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (De Vries/Gemeente Voorst) m.nt. Snijders.

20. Zie hierover P.A. Fruytier, De leer van de bindende eindbeslissing in dezelfde instantie, in hoger beroep en na verwijzing, *TCR* 2009, nr. 3, p. 93 en 97-98.

21. Zie hierover nader par. 4.

22. HR 24 december 2010, NJ 2011, 16.

23. HR 27 april 2007, LjN AZ4567, r.o. 4.4.1.

24. Door A-G Wesseling-van Gent geciteerd in nr. 2.1 van haar conclusie vóór HR 24 december 2010, NJ 2011, 16.

25. HR 24 december 2010, NJ 2011, 16, r.o. 3.2.

2.2 Onbehandelde cassatieklachten

De verwijzingsrechter is niet gebonden aan beslissingen waartegen cassatieklachten waren gericht die door de Hoge Raad onbehandeld zijn gelaten. Asser schrijft dat het al dan niet onbehandeld laten van klachten door de Hoge Raad bewust als een instrument kan worden gebruikt.²⁶ Door bepaalde (met name motiverings)klachten niet te behandelen wordt de verwijzingsrechter die opnieuw over een feitelijke kwestie moet oordelen niet voor de voeten gelopen en vrijgelaten de kwestie opnieuw te onderzoeken.

Anderzijds geldt dat waar bepaalde feitelijk relevante vaststellingen naar het oordeel van de Hoge Raad juist niet meer ter discussie dienen te staan, dit voor hem aanleiding kan zijn om uitdrukkelijk op alle daartegen gerichte cassatieklachten in te gaan (en deze te verwerpen).²⁷

2.3 Het arrest van de Hoge Raad (voor zover niet in strijd met Gemeenschapsrecht)

Zoals in art. 424 Rv is bepaald, dient de verwijzingsrechter de beslissingen van de Hoge Raad in acht te nemen bij zijn beoordeling van het geding na verwijzing. Dit betreft niet alleen rechtsbeslissingen van de Hoge Raad, maar ook de door de Hoge Raad aan de bestreden uitspraak of andere gedingstukken gegeven uitleg en overwegingen (instructies) ten aanzien van de vraag welke beslissingen in cassatie wel en welke niet met succes zijn aangetast en welke geschilpunten in verwijzing nog behandeld moeten worden. Omdat de Hoge Raad lang niet altijd (expliciete) instructies aan de verwijzingsrechter geeft, zal de verwijzingsrechter in dat kader, zoals eerder gezegd, het arrest van de Hoge Raad moeten interpreteren. Die interpretatie kan weer door de Hoge Raad in een eventueel nieuw cassatieberoep op juistheid worden getoetst.²⁸

Overigens beperkt de regel van art. 424 Rv de bevoegdheid van de verwijzingsrechter niet om op de voet van art. 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) over de uitlegging van het recht van de Unie. Omdat volgens vaste Europese rechtspraak een prejudiciële arrest van het HvJ EU bindend is voor de nationale rechter bij de beslechting van het geschil, brengt dit – aldus het HvJ EU in het op 5 oktober 2010 gewezen arrest Elchinov/NZK – mee dat de lagere rechter een met de door het HvJ EU op een prejudiciële vraag gegeven uitleg van het recht

van de Unie strijdig oordeel van een hogere rechter naast zich neer mag (lees: moet) leggen.²⁹ Met andere woorden: indien de verwijzingsrechter aanleiding ziet tot het stellen van prejudiciële vragen die leiden tot een antwoord dat strijdig is met het arrest van de Hoge Raad, zal de verwijzingsrechter niet gebonden zijn aan het eerdere oordeel van de Hoge Raad.

2.4 Beslissingen die voortbouwen op of samenhangen met vernietigde beslissingen

Aan beslissingen in de in cassatie bestreden uitspraak die voortbouwen op of onlosmakelijk samenhangen met door de Hoge Raad vernietigde beslissingen is de verwijzingsrechter in beginsel evenmin gebonden. Die voortbouwende respectievelijk samenhangende beslissingen delen namelijk het lot van de daaraan ten grondslag liggende, door de Hoge Raad vernietigde, beslissing.

Welke beslissingen in de vernietiging worden 'meegetrokken', zal de verwijzingsrechter niet alleen aan de hand van de overwegingen van de Hoge Raad moeten bepalen, maar hij zal daarbij ook rekening moeten houden met de aard van de beslissingen zelf. Illustratief in dit kader is het arrest RMSA/Öztürk.³⁰ Deze zaak betrof een vordering tot doorbetaling van loon na een – uiteindelijk niet rechtsgeldig – ontslag op staande voet. In het eerste cassatieberoep klaagde de werknemer met succes dat de rechtbank zijn loonvordering ten onrechte had gematigd. Het hof dat de zaak in verwijzing behandelde, kwam tot het oordeel dat de loonvordering niet gematigd hoefde te worden. Het betoog van de werkgever dat de door de rechtbank toegewezen wettelijke verhoging van 25 procent op nihil diende te worden gesteld, passeerde het hof met de overweging dat tegen die wettelijke verhoging in het eerste cassatieberoep geen klachten waren gericht en het hof daaraan gebonden was. De Hoge Raad casseerde dit oordeel op de grond dat bij het bepalen van de omvang van de wettelijke verhoging het totale bedrag van de toegewezen loonvordering relevant is en dat het hof 'toen het tot een andere beslissing kwam (...) met betrekking tot de omvang van de toewijsbare loonvordering, tevens opnieuw [had] te beslissen over matiging van de daarover verschuldigde wettelijke verhoging'.³¹

Overigens dient ten aanzien van 'meegetrokken' voortbouwende of samenhangende beslissingen onderscheid te worden gemaakt tussen twee situaties. Indien het oordeel van de Hoge Raad over de in cassatie vernietigde beslissingen in verwijzing enkel tot een ander resultaat kan leiden, dan zijn ook de daarop voortbouwende en samenhangende beslissingen 'definitief' vernietigd. Anders ligt het indien de verwijzingsrechter – op andere gronden of met een verbeterde motivering – alsnog tot hetzelfde oordeel zou kunnen komen als de rechter vóór cassatie. In dat geval zijn de voortbouwende en samenhangende beslissingen slechts 'voorwaardelijk' vernietigd en herleven zij indien de verwijzingsrechter inderdaad tot hetzelfde oordeel

26. Aldus ook de Hoge Raad expliciet in HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg) m.nt. Wissink. De Hoge Raad behandelt enkel de cassatieklacht dat het hof een voldoende specifiek en relevant getuigenbewijsaanbod ten onrechte heeft gepasseerd, verklaart deze klacht gegrond, vernietigt het bestreden arrest en laat (met één uitzondering) de overige motiveringsklachten over de door het hof aan de overeenkomst gegeven uitleg onbesproken, daarbij overwegend dat 'hetgeen in de overige klachten naar voren is gebracht, (...) zo nodig na verwijzing aan de orde [kan] komen' (r.o. 4.4).

27. Asser 2011, p. 128-129.

28. Vgl. HR 24 december 2010, NJ 2011, 16, r.o. 3.1, waarin de Hoge Raad goedgekeurde de door Hof Amsterdam aan het eerdere arrest van de Hoge Raad (HR 27 april 2007, LJN AZ4567) gegeven uitleg dat sprake was van een verschrijving en dat niet alleen de cassatieklachten 4.1-4.6 van de vrouw door de Hoge Raad waren verworpen, maar ook haar cassatieklacht 4.7.

29. HvJ EU 5 oktober 2010, NJ 2010, 660 (Elchinov/NZK), r.o. 24-32 en de daar aangehaalde rechtspraak.

30. HR 3 mei 2002, LJN AE2181, NJ 2003, 642 (RMSA/Öztürk) m.nt. W.D.H. Asser.

31. Ibid., r.o. 4.1 en 5.

komt. Ter illustratie: indien de verwijzingsrechter in RMSA/Özturk had geoordeeld dat de loonvordering gematigd diende te blijven tot het door de rechtbank vóór verwijzing bepaalde bedrag, dan was de verwijzingsrechter – bij gebreke van succesvol tegen de wettelijke verhoging gerichte cassatieklachten – wel gebonden geweest aan het oordeel van de rechtbank tot matiging van de wettelijke verhoging tot 25 procent.

2.5 Bijkomende vorderingen

In de regel zullen bijkomende vorderingen, zoals een proceskostenveroordeling en last onder dwangsom, voortbouwen op vernietigde beslissingen zodat, afhankelijk van het uiteindelijke oordeel van de verwijzingsrechter, de verwijzingsrechter daarover mogelijk opnieuw zal moeten beslissen. Vaak zal de beslissing op de bijkomende vordering ‘voorwaardelijk’ vernietigd zijn en zal deze beslissing dus herleven als de verwijzingsrechter de kwestie weer in dezelfde zin beslist.³²

Ten aanzien van een uitvoerbaarverklaring bij voorraad heeft de Hoge Raad in Gamba/Vastgoed Mespan evenwel uitdrukkelijk overwogen dat de verwijzingsrechter ten aanzien van deze bijkomende vordering niet beperkt is in zijn onderzoek na verwijzing: indien vóór cassatie de veroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard en hiertegen géén cassatieklacht was gericht, staat het de verwijzingsrechter toch vrij alsnog zijn uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.³³

2.6 Voorlopige en overbodige beslissingen

Ten aanzien van voorlopige beslissingen in de bestreden uitspraak geldt voor de procedure na verwijzing het volgende. Cassatieklachten gericht tegen dergelijke voorlopige beslissingen falen op grond van art. 399 Rv bij gebrek aan belang, en wel omdat de rechter vrij is daarop terug te komen; om die reden is ook de verwijzingsrechter niet aan zulke oordelen gebonden. Gedacht moet hiertoe worden aan voorlopige – niet zonder voorbehoud gegeven – beslissingen, maar ook aan kennelijke rekenfouten, schrijffouten of andere kennelijke fouten die zich op grond van art. 31 Rv voor eenvoudig herstellen door de (verwijzings)rechter.

Evenmin is de verwijzingsrechter gebonden aan ‘overbodige’ beslissingen van de rechter vóór cassatie. Het gaat dan om beslissingen waaraan de rechter vóór cassatie geen gevolgen heeft verbonden. Het is van belang hier te wijzen op zogenoemde oneigenlijke beslissingen ‘ten overvloede’, zoals een overweging ‘ten overvloede’ van de rechter vóór cassatie dat de vordering niet alleen afstuit op het ontbreken van causaal verband, maar ook op het feit dat er geen schade is geleden. In zo’n geval zal de eiser in cassatie beide beslissingen met succes moeten aanvechten omdat anders het cassatieberoep tegen een van deze beslissingen – bij gebrek aan belang – niet zal kunnen slagen nu het uiteindelijke oordeel evenzeer gedragen wordt door de andere (onbestreden) beslissing.

3 In verwijzing geen ruimte voor nieuwe feiten, stellingen, vorderingen, weren, of bewijs; maar vaak toch wel

Niet alleen moet de verwijzingsrechter het geding behandelen met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad, maar ook moet hij de zaak behandelen in de stand waarin zij zich bevond op het moment dat door de Hoge Raad uitspraak werd gedaan. Immers, zoals in art. 424 Rv bepaald, ‘de rechter, naar wie het geding is verwezen, zet de behandeling daarvan voort’. In een arrest uit 1934 verwoordde de Hoge Raad deze regel aldus:

‘dat, indien de H.R. een door hem vernietigde uitspraak krachtens art. 424 Rv. naar den bevoegden rechter verwijst, deze de vragen van feitelijk en rechtskundigen aard, welke de vernietigde uitspraak onopgelost had gelaten, alsnog zal moeten behandelen; dat die rechter daarbij in acht moet nemen ’s Hoogen Raads arrest en gebonden is aan de in de vernietigde uitspraak gegeven beslissingen, welke in cassatie niet zijn aangevallen of door de H.R. zijn gehandhaafd, maar voor het overige – waar het beroep in cassatie niet dient om voor partijen de gelegenheid tot een nieuwe instructie van het geding te scheppen – de zaak zal moeten behandelen in dien stand, waarin zij verkeerde, toen de vernietigde uitspraak werd gewezen; dat zulks medebrengt, dat bij die behandeling voor het aanvoeren van nieuwe rechtsmiddelen of voor het aanbieden van te voren niet aangeboden bewijs geen plaats is.’³⁴

Werd decennialang aan deze regel strikt de hand gehouden,³⁵ tegenwoordig kan aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad geconcludeerd worden dat de scherpe kantjes wel van deze regel af zijn en dat partijen ook in verwijzing ruimte hebben om hun stellingen, vorderingen en weren nader toe te lichten, aan te vullen of onder omstandigheden zelfs te wijzigen.

3.1 Stand van de procedure

Alvorens in te gaan op de versoepeling die deze regel heeft ondergaan in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad, is het van belang te bepalen wat nu precies de stand was van de procedure vóór het cassatieberoep. Bedacht moet namelijk worden dat als cassatieberoep was ingesteld tegen een tussenuitspraak, er in de regel nog wel plaats zal zijn voor een nadere instructie door partijen nu over het algemeen het geding (en de instructie door partijen) vóór het cassatieberoep nog niet ‘afgerond’ was.

32. Zie HR 17 januari 1997, NJ 1997, 221 (met betrekking tot een proceskostenveroordeling).

33. HR 26 februari 1993, NJ 1993, 318 (Gamba/Vastgoed Mespan), r.o. 3.6.

34. HR 27 april 1934, NJ 1934, 198, p. 1235 (rk).

35. Vgl. HR 14 december 1962, NJ 1964, 372 (Van Crugten/Van Kessenich), p. 855 (lk) m.nt. Hijmans van den Bergh, HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 (CWR/Oskam c.s.), p. 1144-1145 m.nt. Scholten en HR 24 september 1982, NJ 1983, 327 (Wolleswinkel/Syma-System), r.o. 3.2.

3.2 Ruimte voor het overleggen van nieuwe producties/ stukken/bescheiden

Verder is het inmiddels vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat partijen in de procedure na verwijzing nieuwe producties mogen overleggen, *mits* deze betrekking hebben op al vóór de verwijzing ingenomen stellingen (en daarmee vallen binnen het kader van de rechtsstrijd na verwijzing).³⁶ In dat kader mag een partij onder bepaalde omstandigheden zelfs op een kennelijke vergissing in haar stellingname in de procedure vóór cassatie terugkomen. Aldus de Hoge Raad in een arrest uit maart 2011:

‘Het hof is kennelijk uitgegaan van de juiste maatstaf dat de zaak moet worden beoordeeld in de stand waarin zij verkeerde voordat de vernietigde uitspraak werd gewezen, doch dat bij de voortzetting van het debat over een reeds aan de orde zijnd geschilpunt dat na verwijzing opnieuw van belang wordt, onder omstandigheden ook nieuwe producties mogen worden overgelegd. Met de nieuwe producties heeft [verweerster in cassatie] haar eerdere stellingen gepreciseerd en nader onderbouwd, terwijl zij op één punt een, zoals uit de beide producties blijkt, kennelijk op een vergissing terug te voeren, onjuiste feitelijke stellingname heeft gecorrigeerd. Het hof was klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk van oordeel dat hier geen sprake was van een nieuwe dan wel tardieve stellingname of een onaanvaardbare koerswijziging en heeft uitdrukkelijk onder ogen gezien of [eiseres in cassatie] zich tegen een en ander naar behoren heeft kunnen verweren.’³⁷

Daarnaast geldt wat betreft het horen van getuigen dat het enkele feit dat de rechter vóór cassatie had geoordeeld dat het aanbod tot het leveren van getuigenbewijs was beperkt tot een aantal met naam genoemde getuigen, er niet aan in de weg staat dat de raadsheer-commissaris na verwijzing ter uitvoering van dit eerder gegeven bewijsaanbod ook andere door de partij alsnog opgegeven getuigen mag horen.³⁸

De versoepeling van de hierboven vermelde strenge regel geldt in het bijzonder wanneer de uitspraak door de Hoge Raad is vernietigd omdat door de eerdere rechter bepaalde instructiemaatregelen zijn geweigerd en de verwijzingsprocedure er juist toe strekt een partij alsnog tot die instructie toe te laten. De verwijzingsprocedure is er dan immers in dat geval juist op gericht ‘de mogelijkheid te bieden dat een ten onrechte niet onderzocht gedeelte van de feiten nader wordt opgehelderd’.³⁹

3.3 Ruimte voor ‘nieuwe’ feiten

Verder mogen partijen zich beroepen op nieuwe, gewijzigde feitelijke omstandigheden die zich hebben voorgedaan na cas-

satie, maar enkel indien en voor zover daardoor de hiervoor behandelde grenzen van rechtsstrijd na cassatie en verwijzing niet worden overschreden.⁴⁰ Ook mogen partijen na verwijzing hun stellingen en conclusies (en eventueel hun vordering) aanpassen indien de uitspraak van de Hoge Raad tot een nieuwe ontwikkeling in het recht heeft geleid waarop partijen niet eerder in de procedure hebben kunnen inspelen.⁴¹ Hetzelfde geldt in geval van een wetwijziging die intussen in werking is getreden.⁴²

Onder omstandigheden kunnen partijen zelfs ook ‘oude’ feiten alsnog in verwijzing aanvoeren. Van belang daarbij is de stand waarin de procedure vóór cassatie zich bevond. Zo staat het – indien de procedure vóór cassatie niet tot een inhoudelijke beoordeling heeft geleid, bijvoorbeeld omdat het appèl op een zuiver processuele grond ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard – de verwijzingsrechter, die moet oordelen over een naar zijn oordeel nog niet voldoende uitgekristalliseerd geschilpunt, vrij het onderzoek daarnaar te (her)openen en ter zake nadere inlichtingen van partijen in te winnen.⁴³ A-G Spier verwoordt de ratio van deze uitzonderingsregel als volgt:

‘Net zo min als de rechter gevraagd kan worden recht te doen op basis van een imaginair feitencomplex, kan van de rechter worden gevergd recht te spreken op basis van een onvolledig feitencomplex. Ingeval de zaak nog niet (volledig) geïnstrueerd is (...) moet partijen alsook de rechter de ruimte worden gelaten om eventueel nadere inlichtingen te geven respectievelijk te vragen. Dat strookt ook met [HR 27 april 1934, NJ 1934, 198], te weten dat de verwijzingsrechter de vragen van feitelijke en juridische aard die de vernietigde uitspraak onopgelost had gelaten, alsnog moet behandelen.’⁴⁴

Verder geldt dat partijen (alsnog) een beroep kunnen doen op omstandigheden die in de procedure vóór cassatie al ‘ter tafel lagen’ en waaraan de rechter ambtshalve aandacht had mogen besteden. In een zodanig geval mag de verwijzingsrechter die omstandigheden niet passeren op de grond dat daarop in het geding vóór cassatie door een partij geen (expliciet) beroep was gedaan.⁴⁵

Een bijzonder voorbeeld van een situatie waarin partijen hun stellingen na verwijzing mochten aanpassen, is te vinden in het arrest Staat der Nederlanden/Ten Kate c.s.⁴⁶ In deze zaak had de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU, waarbij het HvJ EU op basis van opmerkingen van

36. Zie bijv. HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Blaauwbroek/Van Loon), r.o. 3.3.

37. HR 25 maart 2011, LJN BP8991, r.o. 3.3.4. Zie ook HR 27 september 2009, LJN BG230, r.o. 3.3.

38. HR 2 mei 1997, NJ 1998, 237 (Carasa/Lüske), r.o. 5.

39. Aldus A-G Huydecoper in nr. 22 van zijn conclusie vóór HR 27 februari 2009, LJN BG6230.

40. HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 799 (Kakkenberg/Kakkenberg), r.o. 3.2.

41. Vgl. HR 10 december 1993, NJ 1994, 191 (APB/Valeo), r.o. 2.3 en HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Erven Van Hese/Koninklijke Schelde Groep), r.o. 3.8.

42. HR 18 april 1997, NJ 1997, 439, r.o. 3.2-3.3.

43. HR 10 juni 2011, LJN BP9994, r.o. 3.4.2.

44. Zie nr. 3.62 van de conclusie van A-G Spier vóór HR 10 juni 2011, LJN BP9994.

45. HR 13 november 1998, NJ 1999, 173 (Postbank/Huijbregts), r.o. 3.2 en HR 3 mei 2002, LJN AE2181, NJ 2003, 642 (RMSA/Öztürk), r.o. 4.3 m.nt. W.D.H. Asser.

46. HR 22 december 2006, NJ 2007, 161 (Staat der Nederlanden/Ten Kate c.s.), r.o. 3.4.

de Nederlandse regering en de Commissie was uitgegaan van andere feiten dan de Hoge Raad en waarbij het HvJ EU kennelijk van belang had geacht dat bij de verdere behandeling van de zaak niet zou worden uitgegaan van de voor de Hoge Raad vaststaande, onjuiste gegevens. In een uitgebreide instructie aan de verwijzingsrechter overwoog de Hoge Raad vervolgens:

‘Tegen deze achtergrond is de Hoge Raad van oordeel dat in het hoofdgeding aan de bedoelde feiten niet voorbij kan worden gegaan voor zover het Nederlandse procesrecht de ruimte biedt om ze in de beoordeling te betrekken. Anders dan de procedure in cassatie biedt de procedure na verwijzing deze ruimte wel. Weliswaar geldt in die procedure als hoofdregel dat partijen na verwijzing hun stellingen over en weer niet meer mogen aanpassen, maar de aard van het geding kan meebrengen dat hierop een uitzondering moet worden gemaakt, en ook de onderhavige situatie rechtvaardigt het maken van een uitzondering. Zulks brengt mee dat partijen in de gelegenheid zullen moeten worden gesteld hun stellingen aan te passen (...). Ook zal [Ten Kate] zonodig haar vordering mogen aanpassen.’

3.4 Nog altijd geen ruimte voor nieuwe weren of eiswijzigingen

Ondanks de door de Hoge Raad aangebrachte versoepeling is de regel uit 1934 zeker niet geheel achterhaald. Zo mag de verwijzingsrechter nog altijd geen acht slaan op een nieuw verweer dat voor het eerst (bij pleidooi) na verwijzing wordt aangevoerd en die een partij tijdens de procedure vóór cassatie al had kunnen aanvoeren.⁴⁷ Evenmin is het partijen toegestaan na cassatie hun eis te wijzigen of te vermeerderen, ook niet binnen de grenzen van art. 130 Rv.⁴⁸ Daarbij past overigens de opmerking dat de Hoge Raad in 1998 in het arrest *De Schelde/Erven Cijssouw* een vermeerdering van eis tot immateriële schadevergoeding (van f60.000 naar f150.000) na cassatie nog wel toegestaan achtte, ook al lagen aan die vermeerdering van eis geen nieuwe feitelijke stellingen ten grondslag, nu door partijen vóór cassatie uitsluitend was gestreden over de aansprakelijkheidsvraag.⁴⁹

Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent stellen terecht de vraag of laatstgenoemde uitzondering nog wel opgeld doet na de strakke ‘twee conclusie’-jurisprudentie van de Hoge Raad zoals neergelegd in onder andere *Willemsen/NOM*⁵⁰ en *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*⁵¹ Uit deze rechtspraak volgt immers dat een partij in hoger beroep een verandering of vermeerdering van eis niet later dan in haar memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord kan aanvoeren, ook indien de betreffende eisvermeer-

dering of -wijziging niet als een nieuwe grief moet worden aangemerkt. Aangezien uit *De Schelde/Erven Cijssouw* kan worden afgeleid dat de betreffende vermeerdering van eis niet op nieuwe feitelijke stellingen was gebaseerd en evenmin een van de andere door de Hoge Raad in *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.* vermelde uitzonderingsgronden⁵² zich voordeed, betwijfel ik of de Hoge Raad deze zaak anno nu op dezelfde wijze zou beslissen. Naar de mening van Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent zou een wijziging of vermeerdering van eis na verwijzing enkel nog mogelijk zijn indien deze onmiddellijk samenhangt met ‘een nieuwe wending die in het casserende arrest van de Hoge Raad aan het geschil is gegeven, waarop oorspronkelijk eiser niet bedacht behoefde te zijn’.⁵³ Daarnaast lijkt mij dat – in lijn met de in *Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.* vermelde uitzonderingsgronden – ook een verandering of vermeerdering van eis gebaseerd op feitelijke nova die zich na cassatie hebben voorgedaan, mogelijk zou moeten zijn, mits een en ander binnen de grenzen van de rechtsstrijd na verwijzing past (en dus de rechtsstrijd ten aanzien van de te wijzigen of vermeerderen vordering in verwijzing alsnog of opnieuw openligt).

3.5 Uitzonderingspositie bijzondere procedures

De regel dat de verwijzingsrechter het geding onderzoekt in de stand waarin het zich vóór cassatie bevond, geldt niet in een aantal naar hun aard bijzondere procedures die hierdoor gekenmerkt worden dat van de rechter een actueel oordeel wordt verwacht. Procedures inzake alimentatie zijn hiervan het bekendste voorbeeld. Gelet op het feit dat op grond van art. 1:401 Burgerlijk Wetboek (BW) om wijziging van alimentatie kan worden gevraagd wegens verandering in de omstandigheden, brengen vooral overwegingen van proceseconomische aard mee dat in alimentatieprocedures de regels inzake nieuwe grieven, maar ook de beperkte ruimte voor het aanvoeren van nieuwe feiten, stellingen en weren in verwijzing, niet opgaan. Gesteld kan worden dat dezelfde uitzonderingspositie die alimentatieprocedures genieten ten aanzien van de strakke ‘twee conclusie’-regel ook in verwijzing wordt doorgetrokken. De grenzen voor het aanvoeren van zowel nieuwe grieven als nieuwe feiten, stellingen en weren na verwijzing moeten worden gevonden in de goede procesorde en het genoegzaam in de gelegenheid stellen van de wederpartij om naar aanleiding van een eventuele verandering of vermeerdering van eis haar verweer aan te vullen en voor zover nodig haar standpunt te herzien.⁵⁴ Deze uitzonderingspositie gaat echter niet zo ver dat beslissingen die in alimentatiegeschillen in cassatie niet of

47. HR 28 mei 2010, LJN BL7041, r.o. 3.3.2 en HR 29 juni 2007, LJN BA3030, r.o. 3.3.

48. HR 1 oktober 2010, LJN BM9528, r.o. 3.4.1.

49. HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 683 (*De Schelde/Erven Cijssouw*), r.o. 3.7.

50. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen/NOM*), r.o. 4.2.2-4.2.4 m.nt. Maeijer en Sniijders.

51. HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 (*Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*), r.o. 2.4.2 m.nt. Sniijders.

52. Te weten ondubbelzinnige instemming door de wederpartij met de verandering/vermeerdering van eis of zich eerst na de memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord voorgelaten of gebleken feiten en omstandigheden; vgl. HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 (*Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*), r.o. 2.4.3-2.4.4.

53. Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2009, nr. 260.

54. HR 12 mei 2006, LJN AV8720, JBPR 2006, 82, r.o. 3.3.3 m.nt. Schaafsma-Beverluit. Zie in meer detail over de processuele bijzonderheden en uitzonderingspositie van alimentatieprocedures in appèl en in verwijzing de JBPR-noot bij deze uitspraak.

tevergeefs zijn bestreden, alsnog vrijelijk ter discussie zouden staan in de voortzetting van de procedure in verwijzing; enkel indien en voor zover na verwijzing – binnen de grenzen van de goede procesorde – nieuwe en ter zake dienende feiten zijn aangevoerd die onverenigbaar zijn met een eerder genomen en in cassatie niet-aangevochten beslissing, is de verwijzingsrechter in alimentatiegeschillen niet aan zo'n eerdere beslissing gebonden.⁵⁵ Ook de vraag in een BOPZ-procedure of een voorlopige machtiging tot gedwongen opname verlengd moet worden, dient – naar haar aard – naar de actuele stand van zaken te worden beoordeeld, zodat de verwijzingsrechter die opnieuw over een daartoe strekkend verzoek moet beslissen eerst inzage moet hebben gehad in een geneeskundige verklaring die inzicht verschaft in de actuele situatie van de betrokkene.⁵⁶

4 De praktische (proces)aspecten van de verwijzingsprocedure

De procedure na cassatie en verwijzing is geen zelfstandige, nieuwe instantie, maar vormt – zoals de Hoge Raad dit treffend aanduidt – de voortzetting van de 'onvoltooide (appel)instantie' die voorafging aan het cassatiegeding.⁵⁷ Dit heeft niet alleen gevolgen voor de inhoudelijke behandeling van het geschil door de verwijzingsrechter (zie hiervoor), maar ook voor de meer procedurele aspecten ervan.

4.1 Domiciliekeuze, partijperikelen en toepasselijk recht

Zo blijft in beginsel de domiciliekeuze van partijen vóór de procedure na cassatie en verwijzing gelden, zodat een oproep om na verwijzing verder te procederen zowel aan het kantoor van de advocaat waar de wederpartij woonplaats vóór cassatie had gekozen als aan het kantoor van zijn cassatieadvocaat kan worden betekend.⁵⁸ Ook kan op de voet van art. 225 lid 2 Rv bij een opvolging van partijen het geding op naam van de oorspronkelijke partij worden voortgezet.⁵⁹

Het feit dat de verwijzingsprocedure heeft te gelden als een voortzetting van de procedure vóór cassatie heeft ook gevolgen voor het op de procedure toepasselijk recht. Indien op de procedure vóór cassatie het oude Rv van toepassing is, blijft dit ook na verwijzing het geval. Dit geldt ongeacht of op de cassatieprocedure het sinds 1 januari 2002 geldende procesrecht van toepassing was.⁶⁰ Deze constatering is met name van belang in het kader van een eventuele vordering tot verval van instantie. Onder het oude recht kon immers een vordering tot verval van instantie worden ingesteld indien gedurende drie jaren een proceshandeling niet was verricht; de wederpartij kreeg in dat geval ook geen kans meer de betreffende proceshandeling alsnog te verrichten.⁶¹ Naar nieuw recht dient een vordering tot verval van instantie ten minste twee weken van

tevorens aan de wederpartij te zijn aangezegd en heeft de wederpartij nog de kans het verval van instantie te voorkomen door vóór of op die roldatum alsnog de betreffende proceshandeling te verrichten.⁶²

4.2 Het aanhangig maken van de procedure na cassatie

Het is aan partijen om de zaak bij de verwijzingsrechter aanhangig te maken. Hiervoor geldt – anders dan het risico dat men loopt ten aanzien van een eventuele vordering tot verval van instantie – geen termijn. Ook op dit punt ontbreken wettelijke voorschriften. Tenzij partijen gezamenlijk de zaak aanbrengen of afspreken dat zij vrijwillig zullen verschijnen, zal in dagvaardingsprocedures in de regel de meest gereede partij – dat wil zeggen de partij die belang heeft bij voortzetting van de procedure – de wederpartij door middel van een deurwaardersexploot oproepen te verschijnen voor de verwijzingsrechter teneinde na cassatie en verwijzing voort te procederen. Hierop zijn echter uitzonderingen mogelijk, zoals door de Hoge Raad uitdrukkelijk is aanvaard in het arrest WE Vastgoed/VIB Nederland.⁶³ In die zaak – die een huurprijvaststelling betrof – had VIB Nederland na cassatie een brief aan de kantonrechter gestuurd naar wie de Hoge Raad de zaak had verwezen, met een kopie van het arrest van de Hoge Raad en het verzoek de verdere behandeling te laten plaatsvinden. De griffier verzocht vervolgens – in lijn met het eerste arrest van de Hoge Raad – de Bedrijfshuuradviescommissie een rapport op te maken. De kantonrechter zond vervolgens een kopie van het rapport aan VIB Nederland en WE Vastgoed, die zich beide bij akte over het rapport uitlieten. In cassatie klaagde WE Vastgoed dat de procedure na verwijzing was voortgezet zonder enige voorafgaande oproep van de zijde van VIB Nederland dan wel het kantongerecht. De Hoge Raad verwierp de cassatieklacht die ertoe strekte het hierboven vermelde uitgangspunt tot algemene regel te stellen. Zoals A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie vóór dit arrest schrijft, gaat het immers erom dat de wederpartij tijdig op de hoogte raakt van de voortzetting van het geding.⁶⁴ In de omstandigheden van dit geval was naar het oordeel van de Hoge Raad aan deze eis voldaan.

4.3 Bepaleiten van de zaak na cassatie en verwijzing

Is de verwijzingsprocedure eenmaal aanhangig, dan hebben partijen het recht hun zaak opnieuw te doen bepleiten, ook wanneer zij hun stellingen niet zouden mogen aanvullen of wijzigen. Het pleidooi dient ertoe partijen de gelegenheid te geven hun zaak nog eens uiteen te zetten in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad. Opmerking verdient dat partijen om pleidooi moeten vragen:⁶⁵ er bestaat geen verplichting

55. Zie nr. 2.5 van de conclusie van A-G Keus vóór HR 25 januari 2008, NJ 2008, 65.

56. Aldus bij wege van *obiter dictum* HR 23 mei 2008, LJN BC9346, r.o. 3.3.

57. Vgl. HR 2 november 2007, LJN BA7558, r.o. 3.2.

58. HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 396 (USSR/ICC), r.o. 3.2.

59. HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435 (WE Vastgoed/VIB Nederland), r.o. 3.2.

60. HR 17 december 2010, LJN BO1818, JBPR 2011, 18, r.o. 2.3.

61. Art. 279-284 (oud) Rv.

62. Art. 251 Rv.

63. HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435 (WE Vastgoed/VIB Nederland), r.o. 3.4.

64. CPG nr. 2.7 vóór HR 15 juni 2011, NJ 2001, 435 (WE Vastgoed/VIB Nederland).

65. HR 8 februari 1991, NJ 1991, 325 (Maduro/Rigaud), r.o. 3.3.

voor de verwijzingsrechter om ambtshalve de mogelijkheid van pleidooi te bieden.⁶⁶

Het voorgaande geldt eveneens ten aanzien van de mogelijkheid voor partijen om een – in de praktijk meer gebruikelijke – memorie na verwijzing te nemen. Ook hier geldt dat partijen er niet op mogen rekenen dat hun ambtshalve deze mogelijkheid zal worden geboden.⁶⁷ In dit kader zij bovendien erop gewezen dat het Landelijk Procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven⁶⁸ inmiddels in art. 2.26 een regeling bevat voor de termijn voor het indienen van de memorie na verwijzing. Deze termijn wijkt af van de termijn voor het nemen van de memorie van grieven en memorie van antwoord: volgens het reglement wordt een eerste uitstel van zes weken verleend met – behoudens partijperemptoirstelling – daarna nog eenmaal een uitstel van vier weken.

4.4 Geen doorverwijzing door de verwijzingsrechter

De verwijzingsrechter is verplicht de zaak zelf geheel af te doen. De verwijzingsrechter mag het geding niet weer door- of terugverwijzen, *tenzij* de Hoge Raad deze mogelijkheid uitdrukkelijk heeft genoemd. Deze regel geldt ook indien sprake is van tussentijds cassatieberoep tegen een arrest gewezen in tussentijds appel. De rechtvaardiging hiervoor wordt – aldus de Hoge Raad – gevonden in doelmatigheid en in het bijzonder ‘beperking van het aantal instanties in één procedure en besparing van kosten’.⁶⁹

5 Slot

In de procedure na cassatie en verwijzing zijn er grenzen aan de ruimte die zowel de rechter als partijen hebben ten aanzien van de verdere behandeling en beslissing van de zaak. De verwijzingsrechter zal aan de hand van de vernietigde uitspraak en de overwegingen van de Hoge Raad moeten bepalen welk deel van het geschil door het cassatieberoep is ontsloten. Het verdient daarbij aanbeveling om voorop te stellen aan welke beslissingen van de rechter voor cassatie de verwijzingsrechter na verwijzing (niet) is gebonden. Partijen kunnen door middel van hun recht op pleidooi of het nemen van een memorie na verwijzing hun visie op de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad voor de verdere loop van het geding voor het voetlicht brengen en conclusies trekken uit feiten die in de procedure vóór cassatie al ter tafel lagen. Nu in de rechtspraak van de Hoge Raad de ontwikkeling lijkt te ontwaren dat de strenge

leer soepeler wordt toegepast en partijen vaker stellingen kunnen innemen op punten die na verwijzing nog openliggen, is het aan te bevelen die stellingen na verwijzing nader toe te lichten en, waar mogelijk, met stukken te onderbouwen.

66. Een uitzondering op deze regel doet zich voor bij de voortzetting van een WSNP-procedure inzake het bepalen van de hoogte van de beslagvrije voet: op grond van art. 315 lid 1 Fw mag de rechtbank pas hierover beslissen na verhoor of behoorlijke oproeping van de schuldenaar. Zie HR 9 juli 2010, LJN BM3892, r.o. 4.1.

67. HR 27 februari 2009, LJN BG6230, r.o. 3.3.

68. Te raadplegen via <www.rechtspraak.nl>.

69. HR 27 januari 1995, NJ 1995, 530 (Mondia/Calanda), r.o. 4.2. Zie ook het hiervoor besproken arrest HR 24 december 2010, NJ 2011, 16: het Hof Amsterdam had de zaak als verwijzingsrechter in strijd met deze regel terugverwezen naar de Rechtbank Dordrecht, maar omdat beide partijen behandeling door die rechtbank verlangden, verwees de Hoge Raad naar de rechtbank in plaats van de zaak door te verwijzen naar een ander hof.