

# Vernietiging door de Hoge Raad: gevolgen van de vernietiging bij verwijzing

*Ida Lintel\**

## 1 Inleiding en probleemstelling

De beoordeling van een civiele zaak door de Hoge Raad is wezenlijk anders dan die door de rechtbank en het hof. Zowel de rechtbank als het hof oordeelt als feitenrechter over de zaak zoals die door partijen aan hen wordt voorgelegd en geeft in een einduitspraak een beslissing op de in het geding zijnde vordering(en) en/of verzoek(en). De Hoge Raad is geen derde feitelijke instantie. De Hoge Raad is belast met de cassatie van rechterlijke uitspraken (art. 118 lid 2 Gw). De term ‘cassatie’ is afgeleid van het Franse woord ‘cassation’, dat zijn oorsprong vindt in het werkwoord ‘casser’, wat ‘breken’ of ‘vernietigen’ betekent.<sup>1</sup> Als cassatierechter beoordeelt de Hoge Raad niet de zaak als zodanig, maar controleert hij – op de punten die in cassatie aan de orde zijn gesteld – de bestreden uitspraak. De Hoge Raad vernietigt de bestreden uitspraak als daarin het recht is geschonden of als niet is voldaan aan vormvereisten die op straffe van nietigheid in acht moeten worden genomen (art. 79 Wet RO).<sup>2</sup>

Indien de Hoge Raad een uitspraak van een lagere rechter vernietigt, kan hij de zaak vervolgens zelf afdoen (art. 420 Rv) of verwijzen naar een andere rechter (art. 421 Rv). Wanneer de Hoge Raad de zaak zelf afdoet, treedt hij in hoogste instantie op als feitenrechter. Hij beslist dan immers, net als de lagere rechter(s) vóór hem hebben gedaan, op de vordering(en) en/of verzoek(en). Met de uitspraak van de Hoge Raad komt de zaak dan tot een einde.<sup>3</sup> Anders is de situatie als de Hoge Raad de zaak na vernietiging verwijst naar een andere rechter. Hoewel de wet als hoofdregel stelt dat de Hoge Raad bij een vernietiging van de bestreden uitspraak het geding zelf afdoet, tenzij er gronden zijn voor verwijzing, is de praktijk dat het geding in de meeste gevallen wordt (terug- of door)verwezen<sup>4</sup>

naar een lagere rechter. De zaak is dan nog niet afgerond met de uitspraak van de Hoge Raad. De verwijzingsrechter (meestal een hof, zodat hierna ook wel van het ‘verwijzingshof’ zal worden gesproken) zal zich opnieuw over de zaak moeten buigen. Hij zet de behandeling van de zaak voort in de stand waarin zij zich in de procedure vóór cassatie bevond en beslist de zaak met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad (art. 424 Rv). Het verwijzingshof is dus geen nieuwe instantie, maar een voortzetting van de instantie vóór cassatie.<sup>5</sup>

Indien de Hoge Raad de bestreden uitspraak vernietigt en verwijst, is bekend dat de Hoge Raad van oordeel is dat de door hem vernietigde uitspraak (op bepaalde punten) niet deugt, maar de zaak is daarmee dus nog niet beslist. Tegen deze achtergrond dient zich de vraag aan wat de consequenties zijn van een vernietiging door de Hoge Raad als de procedure na cassatie en verwijzing wordt voortgezet. De wet geeft op deze vraag geen antwoord. De jurisprudentie en de literatuur op dit punt zijn schaars en bovendien niet geheel eenduidig. In dit artikel worden de gevolgen van een vernietiging door de Hoge Raad onder de loep genomen in de gevallen waarin het geding wordt verwezen. Hierna zal blijken dat die gevolgen verschillen naargelang de aard van de uitspraak die is vernietigd. Van belang is of sprake is van een vernietiging van een condemnatoire, constitutieve of declaratoire uitspraak.

Om de gevolgen van de vernietiging door de Hoge Raad te kunnen begrijpen, wordt hierna eerst ingegaan op de werking van een rechterlijke vernietiging in het algemeen (par. 2) en de partiële werking van het cassatieberoep, die implicaties heeft voor de reikwijdte van een vernietiging in cassatie (par. 3). Daarna passeren de verschillende soorten uitspraken de revue (par. 4-6). Daarbij dient te worden bedacht dat een uitspraak regelmatig een combinatie van condemnatoire, constitutieve en/of declaratoire elementen bevat en dat dus steeds moet worden bezien wat de aard is van de specifiek vernietigde beslissingen in de uitspraak.

\* Mr. I.M.A. Lintel is cassatieadvocaat bij Wijn & Stael Advocaten in Utrecht.

De auteur dankt Thijs van Zanten voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. Zie W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 2.  
2. Deze cassatiegrond vormt met name de kapstok om de Hoge Raad te laten toetsen of een rechterlijke uitspraak deugdelijk is gemotiveerd.  
3. Behoudens de mogelijkheid van beroep bij de supranationale rechtscolleges, die in dit artikel verder buiten beschouwing wordt gelaten.  
4. De zaak kan worden terugverwezen naar de rechter wiens uitspraak is vernietigd (art. 422a Rv) of doorverwezen naar een andere rechter (art. 423 Rv).

5. Zie HR 10 augustus 1983, NJ 1984/182, m.nt. P.A. Stein (*Habets/Stichting Mijnwerkersfonds*); HR 21 oktober 1994, NJ 1995/398, m.nt. H.J. Snijders (*USSR in liquidatie/ICC*); HR 13 oktober 2006, NJ 2006/562 (*Cats/Woningstichting Jutphaas*); HR 17 december 2010, NJ 2012/57 (*Baas/Van Oosterom*).

## 2 Directe werking van de vernietiging

Een rechterlijke vernietiging, of dat nu een vernietiging in appel is of in cassatie, heeft directe werking.<sup>6</sup> Dit betekent dat op het moment dat de vernietiging wordt uitgesproken – en dus voordat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan en ongeacht of er nog een rechtsmiddel wordt of kan worden aangewend – de vernietigde beslissingen hun gelding verliezen. Als tegen een vernietigende appeluitspraak cassatieberoep wordt ingesteld, dan duurt de toestand van het vernietigd zijn van de beslissingen in eerste aanleg dus voort. Dat het cassatieberoep schorsende kracht heeft (art. 404 Rv), maakt dat niet anders. Hierdoor wordt slechts de *tenuitvoerlegging* van de bestreden uitspraak geschorst, tenzij de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is, maar niet de werking – of anders gezegd: de rechtskracht – van die uitspraak. Het is dan ook niet nodig om een vernietigende uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren om te zorgen dat zij gedurende een cassatieprocedure haar werking behoudt.<sup>7</sup>

Bovendien heeft de vernietiging terugwerkende kracht.<sup>8</sup> Als reeds gevolg is gegeven aan de vernietigde beslissingen, is dat dus ten onrechte geweest en moet dat ongedaan worden gemaakt.

## 3 Partiële werking cassatieberoep

De Hoge Raad beperkt zijn onderzoek van de bestreden uitspraak tot de cassatiemiddelen (art. 419 lid 1 Rv). De cassatiemiddelen zijn de klachten die tegen de uitspraak zijn gericht. De Hoge Raad mag de uitspraak dan ook niet ambtshalve vernietigen buiten de cassatiemiddelen om.<sup>9</sup> Het middenstelsel brengt mee dat de beslissingen die in cassatie niet zijn aangevochten, niet kunnen worden vernietigd en dus in stand blijven. Hetzelfde geldt voor beslissingen die in cassatie tevergeefs zijn bestreden omdat de Hoge Raad de klachten tegen die beslissingen heeft verworpen. Na cassatie en verwijzing is de verwijzingsrechter dus gebonden aan de beslissingen die niet of zonder succes zijn bestreden.<sup>10</sup> Hoewel het dictum van een arrest of beschikking van de Hoge Raad vaak vermeldt dat de bestreden uitspraak wordt vernietigd, betekent dit dus

niet dat de uitspraak daarmee wegvalt en de uitspraak van de Hoge Raad daarvoor in de plaats treedt.<sup>11</sup> Dit wordt de partiële werking van het cassatieberoep genoemd. Een vernietiging raakt alleen de beslissingen die in cassatie met succes zijn aangevallen en de beslissingen die daarop voortbouwen of daarmee onverbrekkelijk samenhangen.<sup>12</sup> Ten aanzien van die beslissingen kan de verwijzingsrechter na cassatie dus tot een ander oordeel komen dan de rechter vóór cassatie.<sup>13</sup> Overigens is de verwijzingsrechter ook niet gebonden aan beslissingen indien daarover in cassatie is geklaagd, maar deze klachten door de Hoge Raad onbehandeld zijn gelaten.<sup>14</sup>

In verband met de partiële werking van het cassatieberoep geldt dat na cassatie steeds moet worden bezien welke beslissingen van het hof door de Hoge Raad zijn vernietigd en welke bindend zijn gebleven. Deze beoordeling dient te worden gemaakt door uitleg van de vernietigde uitspraak, het cassatiemiddel en de uitspraak van de Hoge Raad.<sup>15</sup>

## 4 Vernietiging condemnatoire uitspraak

### 4.1 Werking van condemnatoire uitspraak

Een condemnatoire uitspraak is een uitspraak waarin een partij wordt veroordeeld tot het verrichten van een prestatie. Vaak betreft dat een veroordeling tot betaling van een geldsom, bijvoorbeeld een veroordeling tot betaling van een bepaald bedrag aan schadevergoeding, maar ook kan worden gedacht aan een veroordeling om iets te doen (een gebod) of na te laten (een verbod).

Evenals een vernietigende uitspraak (zie par. 2) heeft een condemnatoire uitspraak onmiddellijk rechtskracht. Om die reden is de veroordeelde ook direct gehouden om aan de veroordeling te voldoen. Dit neemt niet weg dat een uitspraak pas ten uitvoer kan worden gelegd als zij wordt betekend (art. 430 lid 3 Rv) en dat ook pas vanaf het moment van betekening dwangsommen kunnen worden verbeurd (art. 611a lid 3 Rv).<sup>16</sup> De directe werking brengt met zich dat die betekening ook direct kan plaatsvinden en de uitspraak dan ten uitvoer kan worden gelegd. Wel geldt dat als de veroordeelde een rechtsmiddel aanwendt, de uitvoerbaarheid van de uitspraak vanaf dat moment (*ex nunc*) wordt geschorst. De uitspraak heeft dan nog wel *rechtskracht*, maar geen *executoriale kracht* meer. Dit laatste is anders als de uitspraak uitvoerbaar bij

6. Zie HR 28 september 1984, *NJ* 1985/83, m.nt. W.H. Heemskerk (*B./Staat*); HR 14 december 1990, *NJ* 1991/307 (*S./P.*).  
7. Zie ook C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Sniijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/159; W.H. Heemskerk, noot onder HR 28 september 1984, *NJ* 1985/83 (*B./Staat*).  
8. Zie HR 19 december 2014, *NJ* 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen; HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.  
9. Zelfs niet indien in die uitspraak recht van openbare orde is geschonden (zie HR 24 oktober 2003, *NJ* 2004/396 (*Stichting Revabo/Amev*)).  
10. Zie HR 27 april 1934, *NJ* 1934/1233; HR 8 april 1960, *NJ* 1960/262; HR 16 december 1988, *NJ* 1989/180. Een uitzondering op deze regel geldt voor gevallen waarin de aard van de beslissing noopt tot een beoordeling van de zaak in volle omvang en op basis van actuele feiten. Te denken valt aan de beslissing over een alimentatieverplichting, de uitoefening van ouderlijk gezag, een gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis of een faillietverklaring (zie *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/333). Voorts geldt een uitzondering voor de uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring. Als de in cassatie bestreden uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en daar in cassatie evenmin over is geklaagd, kan de verwijzingsrechter zijn uitspraak toch alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren (zie HR 26 februari 1993, *NJ* 1993/318 (*Gamba/Vastgoed Mespan*)).

11. Zie HR 2 mei 1997, *NJ* 1998/237, m.nt. H.J. Sniijders (*Caransa/Lüske*).  
12. Een enkele keer kan de gegrondbevinding van een klacht leiden tot gehele vernietiging van de bestreden uitspraak. Zie bijv. HR 18 november 2016, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, waarin in cassatie met succes was geklaagd dat de beschikking van de Ondernemingskamer niet was gewezen met het wettelijk voorgeschreven aantal rechters (de beschikking was mede gewezen door een raadsheer die ten tijde van het wijzen van die uitspraak reeds met pensioen was). De Hoge Raad oordeelde dat hierdoor 'de zaak volledig opnieuw moet worden beoordeeld' (r.o. 3.4). De Ondernemingskamer kan na terugverwijzing van de zaak met een nieuwe raadsheer ter vervanging van degene die met pensioen is gegaan dan een geheel nieuwe en andersluidende beschikking wijzen.  
13. Vgl. HR 19 september 2014, *JBPR* 2015/2, m.nt. R.L. Bakels, r.o. 3.6.2.  
14. Zie *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/331.  
15. Vgl. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/331.  
16. Zie in dit verband HR 27 april 1979, *NJ* 1980/169, m.nt. W.H. Heemskerk (*Tepea BV/Wilkes*).

voorraad is verklaard. Het instellen van een rechtsmiddel heeft in dat geval geen schorsende werking. Een rechterlijke veroordeling houdt haar werking, zolang zij niet door een hogere rechter wordt vernietigd.

#### 4.2 Gevolgen vernietiging *condemnatoire uitspraak*

De vernietiging van een veroordelend vonnis in hoger beroep heeft twee gevolgen: (1) de rechtsgrond komt te ontvallen aan hetgeen ter uitvoering van het vonnis is voldaan, zodat de partij die aan de eerdere veroordeling heeft voldaan ex art. 6:203 BW een vordering heeft wegens onverschuldigde betaling (of – als de aard van de verrichte prestatie belet dat zij ongedaan wordt gemaakt – een vordering tot vergoeding van de waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW); en (2) het staat vast dat de partij die het vonnis heeft geëxecuteerd of door dreiging met executie voldoening aan het vonnis heeft afgedwongen, onrechtmatig heeft gehandeld en schadeplichtig is jegens de geëxecuteerde.<sup>17</sup> Aangezien de vernietiging terugwerkende kracht heeft, ontstaat de vordering tot ongedaanmaking als bedoeld onder 1 op het moment waarop ter uitvoering van de uitspraak is gepresteerd, ongeacht de aard van de verrichte prestatie.<sup>18</sup> Vanaf dat moment is degene aan wie onverschuldigd is betaald ook wettelijke rente verschuldigd, omdat hij zonder ingebrekestelling in verzuim verkeert. Ook degene die vrijwillig aan een vonnis heeft voldaan, verkrijgt deze ongedaanmakingsvordering als het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd. Hij verkrijgt evenwel geen schadevergoedingsvordering als bedoeld onder 2, omdat niet kan worden gezegd dat zijn wederpartij in dat geval onrechtmatig heeft gehandeld.<sup>19</sup>

#### 4.3 Vernietiging *condemnatoire beslissingen door de Hoge Raad*

De gevolgen van de vernietiging van veroordelende appelbeslissingen in cassatie zijn niet anders dan de hiervoor genoemde gevolgen van de vernietiging in appel van een veroordelend vonnis. Beslissingen die door de Hoge Raad worden vernietigd, verliezen direct en met terugwerkende kracht hun werking. Aan de vernietigde veroordeling hoeft de veroordeelde zich dan niet meer te houden en voor zover op basis van de vernietigde beslissingen al is gepresteerd, moet die prestatie worden teruggedraaid. Eveneens staat vast dat een eventuele (dreiging met) executie van de vernietigde veroordeling onrechtmatig was. Het kan natuurlijk zo zijn dat de verwijzingsrechter uiteindelijk op andere gronden en/of met een verbeterde motivering tot hetzelfde eindoordeel komt als de rechter vóór cassatie en verwijzing, maar dat doet aan de vernietiging van de beslissingen uit de uitspraak van de laatstgenoemde rechter niet af. Díé beslissingen hebben in verband met de vernietiging in cassatie onherroepelijk hun kracht ver-

loren.<sup>20</sup> Als het verwijzingshof tot eenzelfde veroordeling komt als de appelrechter vóór cassatie, dan krijgen de eerder in cassatie vernietigde beslissingen niet hun kracht terug, maar geldt die veroordeling op basis van de uitspraak van de verwijzingsrechter.

#### 4.4 Beslissingen die voortbouwen op of samenhangen met vernietigde beslissingen

De vernietiging in cassatie raakt niet alleen de beslissingen in de bestreden uitspraak die door de Hoge Raad – wegens de gegrondbevinding van een cassatieklacht – worden vernietigd, maar ook de beslissingen die op de vernietigde beslissingen voortbouwen of daarmee onlosmakelijk samenhangen.<sup>21</sup> Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin het hof heeft geoordeeld dat een partij onrechtmatig heeft gehandeld en uit dien hoofde schadeplichtig is, en vervolgens de omvang van de te betalen schadevergoeding vaststelt. Het oordeel over de omvang van de schadevergoeding bouwt voort op de beslissing dat onrechtmatig is gehandeld. Als in cassatie met succes klachten worden gericht tegen de beslissing van het hof dat onrechtmatig is gehandeld en die beslissing dus wordt vernietigd, raakt die vernietiging ook de beslissingen over de schadevergoeding. Tegen deze achtergrond laat de Hoge Raad de cassatieklachten die zijn gericht tegen een beslissing van het hof die voortbouwt op of samenhangt met een vernietigde beslissing regelmatig buiten behandeling, omdat die beslissingen sowieso door de vernietiging worden geraakt.<sup>22</sup> Aan die beslissingen is de verwijzingsrechter in de procedure na cassatie dan ook niet gebonden. Overigens kan de Hoge Raad ervoor kiezen om de klachten tegen dergelijke beslissingen wel te behandelen, om zodoende sturing te geven aan het oordeel van de verwijzingsrechter. Daarmee is de proceseconomie gediend, omdat dan zo veel mogelijk wordt voorkomen dat de uitspraak van de verwijzingsrechter aanleiding is voor een nieuwe cassatieprocedure.<sup>23</sup>

In de literatuur is ten aanzien van beslissingen die voortbouwen op of onverbrekkelijk samenhangen met door de Hoge Raad vernietigde beslissingen het bestaan van de zogenaamde leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging verdedigd.<sup>24</sup> Op basis van deze leer moeten twee gevallen van elkaar worden onderscheiden. Enerzijds de situatie waarin de Hoge Raad over de kwestie waarop de vernietigde beslissing zag een ander oordeel geeft, of de verwijzingsrechter slechts in andere zin

17. Zie HR 19 februari 1999, *NJ* 1999/367. Voor wat betreft gevolg 2 geldt dat de betekening van het vonnis aan de wederpartij ter inleiding van de executie in beginsel voldoende is om aan te nemen dat sprake is van dreiging met executie (zie HR 1 april 2016, *NJ* 2016/189, r.o. 3.3.2).

18. Zie HR 19 december 2014, *NJ* 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen; HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

19. Zie HR 19 mei 2000, *NJ* 2000/603, m.nt. H.J. Snijders.

20. Een vernietiging door de Hoge Raad is onherroepelijk, omdat tegen zijn oordeel geen rechtsmiddel meer openstaat. Dit is anders voor wat betreft een vernietiging in appel van een uitspraak in eerste aanleg. Een in appel vernietigde beslissing kan herleven als de appeluitspraak op haar beurt in cassatie wordt vernietigd en de Hoge Raad of de verwijzingsrechter het vonnis in eerste aanleg bekrachtigt.

21. Zie bijv. HR 19 september 2014, *JBPR* 2015/2, m.nt. R.L. Bakels, r.o. 3.6.2.

22. Zie bijv. HR 30 maart 2018, *NJ* 2018/181, r.o. 4.3.

23. Vgl. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/296.

24. Zie B. Winters, *De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 126; N.T. Dempsey, ‘De procedure na cassatie en verwijzing’, *TCR* 2012, afl. 1, par. 2.4; Winters, in: *T&C Rv*, art. 424, aant. 3; concl. A-G Vlas vóór HR 18 mei 2018, *JPBR* 2018/47, m.nt. I.M.A. Lintel, nr. 2.8.

over die kwestie kan beslissen. In dat geval zouden de met de vernietigde beslissing samenhangende of daarop voortbouwende beslissingen ‘definitief’ zijn vernietigd. Anderzijds is er de situatie dat de verwijzingsrechter ten aanzien van een door de Hoge Raad vernietigde beslissing op andere gronden of met een verbeterde motivering alsnog tot hetzelfde oordeel kan komen als de rechter vóór cassatie. Dan zou de voortbouwende of samenhangende beslissing slechts ‘voorwaardelijk’ zijn vernietigd en herleven als de verwijzingsrechter inderdaad tot hetzelfde oordeel komt als de rechter vóór cassatie. De gedachte is dat de verwijzingsrechter voor wat betreft de voortbouwende of samenhangende beslissing dan niet meer tot een ander oordeel mag komen.<sup>25</sup> Winters illustreert deze door hem bepleite leer in zijn proefschrift aan de hand van het arrest HR 5 juni 1987, *NJ* 1987/795.<sup>26</sup> Mijns inziens biedt deze uitspraak geen steun voor de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging; integendeel. Wat was het geval? Van Opzeeland is in dienst geweest bij Muller. Partijen hadden in het kader van de arbeidsovereenkomst een studieovereenkomst gesloten, op basis waarvan Van Opzeeland een opleiding zou volgen en gedurende de studieperiode het overeengekomen loon bleef ontvangen. Kort nadat Van Opzeeland zijn diploma had gehaald, werd hij door Muller op staande voet ontslagen. Muller vorderde vervolgens terugbetaling door Van Opzeeland van de volledige studiekosten, inclusief het tijdens de studieperiode doorbetaalde loon. Partijen procedeerden hierover tot na cassatie en verwijzing. Het verwijzingshof oordeelde – voor zover hier van belang – dat partijen een financiële regeling hadden getroffen, waarin (a) de periode was bepaald waarin Muller geacht werd baat te hebben van de kennis die Van Opzeeland tijdens zijn opleiding had opgedaan, (b) was bepaald dat Van Opzeeland het loon over de studieperiode zou moeten terugbetalen indien de dienstbetrekking tijdens of vlak na die periode zou worden beëindigd, en (c) deze terugbetalingsverplichting verminderde naar evenredigheid van het voortduren van de dienstbetrekking gedurende de onder a bedoelde periode. Voorts oordeelde het verwijzingshof dat de ernstige consequentie van de tussen partijen gesloten overeenkomst voor Van Opzeeland duidelijk aan hem uiteengezet was. Partijen gingen opnieuw naar de Hoge Raad. Van Opzeeland stelde cassatieberoep in en klaagde zowel over de beslissing van het verwijzingshof, dat de financiële regeling tussen partijen voldeed aan de onder a tot en met c bedoelde kenmerken (onderdeel I), als over de beslissing dat de ernstige consequenties van de regeling aan Van Opzeeland uiteengezet waren (onderdeel II). De Hoge Raad achtte bepaalde klachten in onderdeel I gegrond, zodat de beslissing over de kenmerken waaraan de financiële regeling voldeed, werd vernietigd. Vervolgens liet hij onderdeel II buiten behandeling en overwoog in dit verband:

‘De door onderdeel II bestreden r.o. 13 en 14 van ’s hofs arrest gaan ervan uit dat “de tussen pp. gesloten overeenkomst” de “ernstige consequentie” heeft dat “beëindiging van de dienstbetrekking binnen tien jaar na afloop van de studie een verplichting tot terugbetaling van de gedurende de studieperiode ontvangen loonbedragen meebrengt”, en bouwen in zoverre dus voort op het in r.o. 7 gegeven oordeel van het hof. Nu laatstbedoeld oordeel blijkens het hiervoren onder 3.1 overwogene niet naar behoren is gemotiveerd, *kan de mogelijkheid niet worden uitgesloten dat evenbedoeld uitgangspunt na verwijzing onjuist zal worden bevonden. Dit brengt mee dat de gegrondheid van de subonderdelen I.3 en I.4 ook de r.o. 13 en 14 van het bestreden arrest aantast en dat onderdeel II geen behandeling behoeft.*’<sup>27</sup> (cursivering I.L.)

Uit deze overweging kan niet worden afgeleid dat de beslissing dat de gevolgen van de financiële regeling aan Van Opzeeland duidelijk uiteen zijn gezet slechts ‘voorwaardelijk’ is vernietigd. Integendeel, de Hoge Raad brengt in de hiervoor geciteerde overweging tot uitdrukking dat het verwijzingshof ten aanzien van de vernietigde beslissing *mogelijk* tot een ander oordeel kan komen (die ‘mogelijkheid [kan] niet worden uitgesloten’), maar evenzeer is denkbaar dat het verwijzingshof tot hetzelfde oordeel komt als de rechter vóór cassatie. Ten aanzien van de vernietigde beslissing liggen alle opties dus weer open, waardoor de Hoge Raad de klachten tegen de voortbouwende beslissing buiten behandeling laat. Onder de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging van voortbouwende beslissingen had het voor de hand gelegen dat de Hoge Raad ook onderdeel II had behandeld, omdat Van Opzeeland bij de behandeling daarvan dan belang zou hebben voor het geval dat het verwijzingshof tot hetzelfde oordeel zou komen over de vernietigde beslissing als vóór cassatie. Immers, als het verwijzingshof tot hetzelfde oordeel mocht komen voor wat betreft de vernietigde beslissing als het (eerdere) verwijzingshof vóór cassatie, dan schrijft de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging voor dat het voortbouwende oordeel ook hetzelfde dient te luiden. Dit kan aanleiding geven tot een nieuwe cassatieprocedure waarin wordt geklaagd over de voortbouwende beslissing.

Een recent arrest over de gevolgen van een vernietiging van een beslissing door de Hoge Raad voor de op die beslissing voortbouwende proceskostenveroordeling<sup>28</sup> biedt een sterke aanwijzing dat de Hoge Raad de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging niet huldigt. In de zaak die aan dat arrest ten grondslag lag, was in cassatie niet geklaagd over de proceskostenveroordeling, maar vernietigde de Hoge Raad een beslissing waarop de proceskostenveroordeling voortbouwde. De proceskostenveroordeling werd zodoende ook door de vernietiging geraakt. In de daaropvolgende tweede (cassatie)procedure, waarin de vordering tot terugbetaling van de ter voldoening aan de veroordeling betaalde proceskosten centraal stond, overweegt de Hoge Raad dan:

25. Uiteraard tenzij de Hoge Raad ook klachten tegen de voortbouwende/samenhangende beslissing heeft behandeld en gegrond bevonden, zodat die beslissingen zelf zijn vernietigd.

26. Zie Winters 1992, p. 127-129.

27. Zie HR 5 juni 1987, *NJ* 1987/795, r.o. 3.2.

28. Zie HR 18 mei 2018, *JBPR* 2018/47, m.nt. I.M.A. Lintel.

‘Anders dan het hof heeft overwogen, behelst de vernietiging van de beslissing over de proceskosten geen “voorwaardelijke” vernietiging en kan van “herleven” van die beslissing geen sprake zijn, ook niet indien het verwijzingshof met betrekking tot het punt waarop is vernietigd tot dezelfde beslissing komt als het hof voor cassatie.’<sup>29</sup>

De Hoge Raad wijst hier de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging ten aanzien van een voortbouwende proceskostenveroordeling onomwonden van de hand. Ik zie geen reden waarom dit oordeel tot een proceskostenbeslissing beperkt zou zijn en meen dat dit ook uit het arrest volgt. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.3.2 immers in algemene zin voorop dat de vernietiging door de Hoge Raad van een uitspraak ‘niet alleen de in die uitspraak voorkomende beslissingen die in cassatie met succes zijn bestreden [treft], maar ook mee[brengt] dat alle beslissingen die daarop voortbouwen of daarmee onverbreekelijk samenhangen, hun kracht verliezen omdat daaraan de grondslag is ontvallen’. Deze algemene regel geldt volgens de Hoge Raad ‘ook’ voor de beslissing over de proceskosten.

Ik vind de leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging ook niet aantrekkelijk, omdat deze belet dat de verwijzingsrechter ten aanzien van voortbouwende en samenhangende beslissingen tot een ander oordeel komt, terwijl hij *op andere gronden en/of onder een verbeterde motivering* tot hetzelfde (door de Hoge Raad eerder vernietigde) oordeel komt als de rechter vóór cassatie. Dit is wat mij betreft onwenselijk, omdat het goed denkbaar is dat die andere gronden en/of verbeterde motivering aanleiding kunnen geven om anders te denken over de voortbouwende beslissing. Zo kunnen de gronden en/of de motivering van een oordeel dat onrechtmatig is gehandeld bijvoorbeeld mede van belang zijn bij de beoordeling van de daarop voortbouwende beslissing dat de schade wegens eigen schuld van de benadeelde niet geheel voor rekening dient te komen van de aansprakelijke persoon. De verwijzingsrechter moet de vrijheid hebben om een coherent eindoordeel te geven en daarom waar nodig anders te beslissen over voortbouwende of samenhangende beslissingen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande ben ik van mening dat *elke* beslissing die voortbouwt op of onlosmakelijk samenhangt met een door de Hoge Raad vernietigde beslissing ook *onvoorwaardelijk* is vernietigd. Dit impliceert in de eerste plaats dat het verwijzingshof niet is gebonden aan het oordeel van de rechter vóór verwijzing over een dergelijke beslissing als hij in dezelfde zin als die rechter oordeelt over de vernietigde beslissing, ongeacht of in cassatie over die voortbouwende of samenhangende beslissing is geklaagd. Ten tweede is daarvan de consequentie dat de partij die aan een veroordeling heeft voldaan die voortbouwt op een vernietigde beslissing – te denken valt dan met name aan een proceskostenveroordeling of een veroordeling tot betaling van een dwangsom – met betrekking daartoe direct een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling te gelde kan maken. Het oordeel van de verwij-

zingsrechter hoeft daarvoor niet te worden afgewacht. In de volgende paragraaf komt dit nader aan bod.

#### 4.5 Ongedaanmakingsvordering

##### 4.5.1 Ongedaanmakingsvordering in hoger beroep

In paragraaf 4.2 is aan de orde gekomen dat de vernietiging van een rechterlijke uitspraak het gevolg heeft dat (1) hetgeen ter uitvoering van die vernietigde uitspraak is voldaan, kan worden teruggevorderd op grond van art. 6:203 BW, althans art. 6:210 BW, en (2) een eventuele (dreiging met) executie van de vernietigde uitspraak onrechtmatig is geweest. De vernietiging van de rechterlijke uitspraak levert op zichzelf evenwel nog geen executoriale titel op waarmee degene die ten onrechte heeft gepresteerd terugbetaling van de onverschuldigd verrichte prestatie kan afdwingen, of waarmee een schadevergoeding te gelde kan worden gemaakt van degene die onrechtmatig heeft geëxecuteerd (dan wel heeft gedreigd met executie). Sinds 1913 is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat in hoger beroep – naast de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis – ook een vordering tot ongedaanmaking van de prestatie die op basis van dat vonnis is verricht, kan worden ingesteld.<sup>30</sup> Zodoende kan een executoriale titel voor de ongedaanmakingsverplichting worden verkregen. De Hoge Raad heeft hiermee een uitzondering aanvaard op de regel dat niet voor het eerst in hoger beroep een eis in reconventie kan worden ingesteld (art. 353 lid 1 Rv). De ratio daarachter is dat de mogelijkheid om een dergelijke vordering in te stellen strookt met de eisen van een goede rechtspleging. De ongedaanmakingsvordering is zo nauw verbonden met de vordering tot vernietiging van het vonnis dat het onnodig is, en dus proceseconomisch onwenselijk, om te verlangen dat die vordering in een separate procedure wordt ingesteld. Een vordering tot betaling van een waardevergoeding (art. 6:210 lid 2 BW) omdat de verrichte prestatie niet meer ongedaan kan worden gemaakt, of een schadevergoeding wegens de onrechtmatige (dreiging met) executie (art. 6:162 BW) kan niet tegelijk met de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis aan de orde worden gesteld, omdat die vordering niet een noodzakelijk en onafscheidelijk gevolg is van de vernietiging.<sup>31</sup> Anders dan de vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie, ligt de vordering tot betaling van een waarde- of schadevergoeding niet door de enkele vernietiging reeds voor toewijzing gereed. Dergelijke vorderingen kunnen immers allerlei vragen oproepen, bijvoorbeeld over de omvang daarvan, die leiden tot ongewenste complicaties en vertraging van de appelprocedure.

30. Zie HR 20 maart 1913, *NJ* 1913, p. 636; HR 8 oktober 1976, *NJ* 1977/485, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 19 februari 1999, *NJ* 1999/367, r.o. 3.3; HR 30 januari 2004, *NJ* 2005/246, m.nt. H.J. Sniijders. (*Dénu/Woningstichting*), r.o. 3.3; HR 9 september 2005, *NJ* 2007/140, m.nt. H.J. Sniijders (*Wenckebach/NOB*), r.o. 3.4.2.

31. Zie voor wat betreft de vordering ex art. 6:210 lid 2 BW H.J. Sniijders, noot onder HR 30 januari 2004, *NJ* 2005/246 (*Dénu/Woningstichting*), par. 2 onder c en voor wat betreft de vordering ex art. 6:162 BW het desbetreffende arrest, r.o. 3.3.

29. Zie HR 18 mei 2018, *JBPR* 2018/47, m.nt. I.M.A. Lintel, r.o. 3.3.2.

#### 4.5.2 Ongedaanmakingsvordering in cassatie

Kan een ongedaanmakingsvordering ook bij de Hoge Raad worden ingesteld, als sequeel van de vordering tot vernietiging van een veroordelende uitspraak? Het staat buiten kijf dat – in gevallen waarin een veroordeling voor het eerst in hoger beroep is uitgesproken en op basis van het arrest van het hof is gepresteerd – bij een dergelijke vordering in cassatie belang bestaat. Bovendien geldt in die gevallen ook dat de proces-economie ermee gediend is als de Hoge Raad gelijk een executoriale titel verschaft voor de ongedaanmakingsverplichting, en degene die in cassatie in het gelijk is gesteld niet is aangewezen op het entameren van een nieuwe procedure. Ik meen dan ook dat de Hoge Raad die vordering zou moeten kunnen toewijzen.<sup>32</sup> Niets lijkt daaraan in de weg te staan. Ook de Hoge Raad kan over zo'n vordering beslissen. Hij treedt dan niet op als cassatierechter, maar oordeelt als feitenrechter over de vordering.

De Hoge Raad heeft dit onderkend en uit zijn rechtspraak volgt dat er ruimte kan zijn voor de toewijzing van een ongedaanmakingsvordering in cassatie. Hij heeft daarbij echter de kanttekening gemaakt dat dit alleen mogelijk is als hij de zaak zelf afdoet op grond van art. 420 Rv en *niet* als hij de zaak verwijst. In dit verband kan worden gewezen op de octrooizaak *Boston Scientific/Orbus Neich*, waarin Boston Scientific op grond van de uitspraak in hoger beroep had voldaan aan een proceskostenveroordeling met betrekking tot een provisionele vordering die was begroot op € 61.891 en in cassatie terugbetaling van die proceskosten vorderde.<sup>33</sup> A-G Wesseling-van Gent concludeerde dat het bestreden arrest in cassatie moest worden vernietigd voor zover Boston Scientific daarbij was veroordeeld tot betaling van de proceskosten met betrekking tot de provisionele vordering en dat de terugbetalingsvordering dus voor toewijzing in aanmerking kwam. Immers, zo redeneerde zij, 'aan deze betaling komt met de vernietiging van het in cassatie bestreden arrest (op dit punt) de rechtsgrond te ontvallen'.<sup>34</sup> De Hoge Raad volgde de A-G niet. Hoewel hij oordeelde dat het bestreden arrest voor wat betreft de toewijzing van de proceskosten ter zake van de provisionele vordering niet in stand kon blijven, wees hij de terugbetalingsvordering van Boston Scientific af. De Hoge Raad overwoog dat het geding na vernietiging werd terugverwezen om het hof alsnog te laten beoordelen welk gedeelte van de gevorderde proceskosten uitsluitend op het verweer tegen de provisionele eis betrekking heeft gehad, zodat 'de proceskostenvordering van OrbusNeich thans nog niet [is] afgedaan'.<sup>35</sup> Bij die stand van zaken bestaat er volgens de Hoge Raad geen grond voor een veroordeling tot terugbetaling van hetgeen op basis van

het vernietigde arrest was voldaan.<sup>36</sup> In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in 2016 in een Caraïbische zaak. Op basis van vonnissen van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie was door eiser in cassatie een contractuele boete betaald, welk bedrag in cassatie werd teruggevorderd. De Hoge Raad overwoog:

'In cassatie is alleen plaats voor een veroordeling tot terugbetaling van hetgeen waartoe een partij in de bestreden uitspraak is veroordeeld, indien de Hoge Raad die uitspraak vernietigt en zelf, op de voet van art. 420 Rv, het geding afdoet door de in die uitspraak toegewezen vordering alsnog af te wijzen. Daarvan is in dit geval geen sprake (...). Nu de uitkomst van het geding nog niet vaststaat, ontbreekt een grondslag voor toewijzing van de terugbetalingsvordering van [verzoeker].'<sup>37</sup>

Deze redenering overtuigt mij niet. Zij miskent – zoals A-G Wesseling-van Gent mijns inziens terecht opmerkte in haar conclusie vóór *Boston Scientific/OrbusNeich* – dat een vernietiging directe werking heeft en door die vernietiging de rechtsgrond aan de veroordeling is komen te ontvallen. Bovendien verhouden deze uitspraken van de Hoge Raad zich slecht tot de eerder in paragraaf 4.4.1 genoemde uitspraak, waarin een door het hof uitgesproken proceskostenveroordeling door de vernietiging van de Hoge Raad werd geraakt.<sup>38</sup> In die zaak was de vraag of met de vernietiging in cassatie de beslissing over de proceskosten onherroepelijk was vernietigd, zodat de rechtsgrond was komen te ontvallen aan de betaling van de proceskosten en deze kosten dus onverschuldigd waren voldaan. Eiseres tot cassatie had namelijk een separate procedure aangehangig gemaakt om de betaalde proceskosten terug te krijgen, maar had in feitelijke instanties bot gevangen omdat geoordeeld werd dat een vernietiging in cassatie van een proceskostenveroordeling pas definitief is als het verwijzingshof tot die beslissing komt. De Hoge Raad beantwoordde de vraag echter bevestigend en overwoog dat alle door de Hoge Raad vernietigde beslissingen en alle beslissingen die daarop voortbouwen of daarmee onverbrekkelijk samenhangen door die vernietiging hun kracht verliezen omdat daaraan de grondslag is ontvallen.<sup>39</sup> Dit oordeel impliceerde in die zaak dat de betaalde proceskosten konden worden teruggevorderd *voordat* een verwijzingshof uitspraak zou doen. Wat mij betreft kan dan niet worden volgehouden dat een ongedaanmakingsvordering niet kan worden toegewezen omdat een verwijzingshof zich nog over de einduitkomst moet uitlaten, zodat een grondslag ontbreekt voor toewijzing van die vordering. Een grondslag voor toewijzing van de vordering ontbreekt niet: door de vernietiging is de rechtsgrond aan de veroordeling ontvallen en de onverschuldigde betaling biedt dan de grondslag voor toewijzing van de terugbetalingsvordering.

32. Ik heb dat reeds bepleit in een noot onder HR 18 mei 2018, *JBPR* 2018/47, par. 8. Zie eerder in gelijke zin noot T.R.B. de Greve onder Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JBPR* 2007/87.

33. Zie HR 29 september 2013, *NJ* 2013/464 (*Boston Scientific/Orbus Neich*).

34. Zie concl. A-G Wesseling-van Gent 24 mei 2013 vóór HR 29 september 2013, *NJ* 2013/464 (*Boston Scientific/OrbusNeich*), nr. 3.3.

35. Zie HR 29 september 2013, *NJ* 2013/464 (*Boston Scientific/Orbus Neich*), r.o. 3.4.

36. Zie HR 29 september 2013, *NJ* 2013/464 (*Boston Scientific/Orbus Neich*), r.o. 3.4.

37. Zie HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2013, r.o. 1.6.

38. Zie HR 18 mei 2018, *JBPR* 2018/47, m.nt. I.M.A. Lintel, r.o. 3.3.2.

39. Zie HR 18 mei 2018, *JBPR* 2018/47, m.nt. I.M.A. Lintel, r.o. 3.3.2.

Aan de Hoge Raad kan worden toegegeven dat de zaak met zijn vernietiging nog niet finaal is beslecht, maar dat geldt ook in appel (cassatie staat dan immers nog open) en belet in die instantie volgens hem *niet* dat een ongedaanmakingsvordering wordt toegewezen als op basis van een in hoger beroep vernietigd vonnis is gepresteerd. Een verschil tussen hoger beroep en cassatie is in dit verband wel dat het aanwenden van een rechtsmiddel tegen de appeluitspraak de uitvoerbaarheid van het arrest van het hof schorst, terwijl dat niet geldt voor het starten van de verwijzingsprocedure ten opzichte van het arrest van de Hoge Raad. Dit lijkt mij echter van onvoldoende gewicht om verschillend te denken over de ongedaanmakingsvordering in hoger beroep en in cassatie, niet in de laatste plaats omdat de schorsende werking van het cassatieberoep normaliter wordt doorbroken omdat een veroordeling in hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard (art. 350 Rv).<sup>40</sup>

Indien een veroordeling door een vernietiging van de Hoge Raad wordt geraakt, zou een ongedaanmakingsvordering in cassatie naar mijn mening dus moeten worden toegewezen – ongeacht of de Hoge Raad de zaak zelf afdoet of deze verwijst. Als de Hoge Raad daar niet in mee wil gaan, zou het – ten behoeve van de proceseconomie – in ieder geval mogelijk moeten zijn om die vordering alsnog bij de verwijzingsrechter in te stellen.

## 5 Vernietiging constitutieve uitspraak

### 5.1 Werking constitutieve uitspraak

In een constitutieve uitspraak wordt een rechtstoestand gecreëerd, gewijzigd of beëindigd. Voorbeelden daarvan zijn een vernietiging van een rechtshandeling door de rechter (art. 3:51 BW), de rechterlijke ontbinding van een overeenkomst (art. 6:265 jo. art. 6:267 lid 2 BW), een faillietverklaring, een echtscheiding en de opheffing van een beslag.

Van constitutieve uitspraken wordt aangenomen dat zij een nieuwe rechtsverhouding pas scheppen als zij in kracht van gewijsde zijn gegaan.<sup>41</sup> Anders dan de condemnatoire uitspraken hebben zij dus niet direct op het moment dat zij gewezen worden rechtskracht. Een constitutieve uitspraak kan echter wel – voor zover de aard van de uitspraak zich daartegen niet verzet – uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.<sup>42</sup> Het gevolg daarvan is dat de beoogde rechtstoestand aanstands ontstaat, zij het dat die rechtstoestand slechts een voorlopige gelding heeft, die voortduurt zolang de uitspraak niet

als gevolg van het instellen van een rechtsmiddel is vernietigd.<sup>43</sup>

Een bijzondere constitutieve beslissing vormt de beslissing waarin een eerdere rechterlijke uitspraak wordt vernietigd. Hoewel die vernietiging constitutief van aard is, heeft zij onmiddellijke werking (zie par. 2).<sup>44</sup> De vernietiging door de Hoge Raad van een appeluitspraak waarin het hof een in eerste aanleg gegeven beslissing heeft vernietigd, bespreek ik in paragraaf 5.4. Hierna ga ik eerst in op de gevolgen van een vernietiging door de Hoge Raad van andere constitutieve uitspraken.

### 5.2 Vernietiging constitutieve uitspraak door de Hoge Raad

Nu de vernietiging door de Hoge Raad direct werkt, zal die vernietiging van een beslissing van het hof die een rechtstoestand in het leven heeft geroepen, ertoe leiden dat de rechtstoestand niet langer voortduurt en – in verband met de terugwerkende kracht van de vernietiging – (vooralsnog) nooit heeft bestaan. De rechtstoestand kan dan pas weer ontstaan als het verwijzingshof na cassatie in die zin oordeelt. Dit roept de vraag op wat rechtens is voor de periode tussen het moment van de constitutieve uitspraak en de vernietiging daarvan, indien op basis van de later vernietigde rechtstoestand is gehandeld. Deze vraag is niet in zijn algemeenheid te beantwoorden, maar is afhankelijk van de specifieke constitutieve beslissing in kwestie. Voor wat betreft de vernietiging van een beslissing tot opheffing van een beslag heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld geoordeeld dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd.<sup>45</sup>

Mocht de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, dan heeft de daarin opgenomen rechtstoestand nog niet zijn werking gehad (zie par. 5.1) en kan de vernietiging daaraan dus ook geen werking ontnemen. De rechtstoestand ontstaat dan pas als en op het moment dat het verwijzingshof die rechtstoestand uitspreekt en zijn uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is of in kracht van gewijsde is gegaan.

### 5.3 Vernietiging van de faillietverklaring

Het voorgaande gaat niet op voor de vernietiging van een uitgesproken faillissement in verband met de bijzondere regels die daarvoor gelden. Om die reden behandel ik de vernietiging van een faillietverklaring hier separaat.

De wet bepaalt dat het vonnis waarin de faillietverklaring wordt uitgesproken op de minuut uitvoerbaar bij voorraad is (art. 4 lid 5 van de Faillissementswet (Fw)), zodat het faillissement onmiddellijk werkt. Het faillissement duurt – in afwijking van de hiervoor gegeven hoofdregel ten aanzien van de vernietiging van constitutieve uitspraken – zelfs voort na ver-

40. Een uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring past niet bij uitspraken van de Hoge Raad. Als hoogste rechtscollege staan tegen zijn beslissing geen gewone rechtsmiddelen meer open, zodat zijn beslissing in zoverre een eindstation is. Zie ook noot B. Wachter onder HR 11 juni 1982, NJ 1983/11, par. 2.

41. Zie HR 23 januari 1929, NJ 1929/256 (*Minister van Financiën/X*); HR 2 december 1949, NJ 1950/20; HR 21 april 1967, NJ 1967/278; HR 20 januari 1995, NJ 1995/413, m.nt. H.E. Ras (*Smokehouse/Culimer*); HR 23 februari 1996, NJ 1996/434 (*Deutsche Kredit- und Handelsbank/KIVO*); HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lips/Broex*).

42. Zie HR 3 april 2015, NJ 2015/412, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Singh/Centre Hotel*); *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/119.

43. Zie *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/119 met verwijzingen. Bij vernietiging in hoger beroep herleeft met terugwerkende kracht de vorige rechtstoestand. Vgl. HR 23 februari 1996, NJ 1996/434 (*Deutsche Kredit- und Handelsbank/KIVO*).

44. Zie HR 28 september 1984, NJ 1985/83, m.nt. W.H. Heemskerk (*B./Staat*); HR 14 december 1990, NJ 1991/307 (*S./P.*).

45. Zie HR 26 mei 2000, NJ 2001/388, m.nt. H.J. Snijders (*Aruba/Boeije*).

nietiging daarvan, zolang die vernietiging nog niet in kracht van gewijsde is gegaan.<sup>46</sup> Uit het arrest *X/NMB*<sup>47</sup> volgt echter dat een vernietiging door de Hoge Raad van een beslissing tot faillietverklaring in hoger beroep aan het faillissement wél definitief een einde maakt. Als de schuldenaar door het verwijzingshof alsnog in staat van faillissement wordt verklaard, is volgens de Hoge Raad sprake van een *nieuw* faillissement. Er is dan sprake van twee verschillende faillissementen, waartussen zich een periode bevindt – vanaf het moment van de vernietiging door de Hoge Raad tot het moment waarop de verwijzingsrechter het nieuwe faillissement uitspreekt – waarin de schuldenaar niet failliet is. Dit leidt tot allerlei complicaties en onwenselijke gevolgen, die vermeden worden als zou gelden dat ook bij een vernietiging van een faillietverklaring door de Hoge Raad het faillissement voortduurt tot de verwijzingsrechter bij een in kracht van gewijsde gegane uitspraak heeft geoordeeld dat het faillissement geen stand kan houden.<sup>48</sup> Tegen deze achtergrond zou het de voorkeur verdienen indien een faillissement – ondanks een vernietiging in cassatie – zou voortduren totdat de verwijzingsrechter onherroepelijk in andere zin heeft geoordeeld.<sup>49</sup>

#### 5.4 Vernietiging door de Hoge Raad van een vernietigende appeluitspraak

De Hoge Raad heeft in de arresten *B./Staat* en *S./P.* geoordeeld dat een in hoger beroep vernietigde uitspraak tot gevolg heeft dat die uitspraak geacht wordt haar werking te hebben verloren, ‘zolang de appelbeslissing zelf niet is vernietigd’.<sup>50</sup> Uit die zinsnede zou kunnen worden afgeleid dat – indien de appelbeslissing op haar beurt door de Hoge Raad wordt vernietigd – de uitspraak uit de eerste aanleg herleeft.<sup>51</sup> Toch meen ik dat van herleving van de uitspraak in eerste aanleg geen sprake kan zijn. Als een vernietiging door de Hoge Raad ertoe zou leiden dat de uitspraak in eerste aanleg herleeft, dan zou dat in strijd komen met de in paragraaf 3 genoemde partiele werking van het cassatieberoep, die maakt dat een vernieti-

ging door de Hoge Raad niet tot gevolg heeft dat de gehele appeluitspraak van tafel is. De vernietiging door de Hoge Raad betekent weliswaar dat hij (bepaalde beslissingen in) de appeluitspraak ondeugdelijk acht, maar daarmee staat nog niet vast dat de zaak moet worden beslecht overeenkomstig de uitspraak in eerste aanleg. De verwijzingsrechter, die de appelinstantie met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad voortzet, zal moeten onderzoeken en bepalen hoe het eindoordeel in de zaak moet luiden.<sup>52</sup> Alleen als de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf afdoet en in dat verband de uitspraak van de rechter in eerste aanleg bekrachtigt,<sup>53</sup> herleeft die uitspraak.<sup>54</sup>

#### 6 Vernietiging declaratoire uitspraak

Een declaratoire beslissing is een beslissing die is beperkt tot een verklaring van wat rechtens is. Te denken valt aan de verklaring voor recht dat eiser eigenaar is van een goed, dat een bepaalde gedraging onrechtmatig is, of dat een bepaalde handeling nietig is. Een declaratoire uitspraak werkt eerst op het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.<sup>55</sup> Een declaratoire uitspraak is naar haar aard niet voor executie vatbaar en leent zich dan ook niet voor een uitvoerbaar-bijvoorraadverklaring.<sup>56</sup> Zolang de uitspraak nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, zal daarvan dus nog geen werking uitgaan.

Over de gevolgen van de vernietiging door de Hoge Raad van een declaratoire beslissing kan ik – na al het voorgaande – kort zijn. De vernietiging door de Hoge Raad van een declaratoire uitspraak tast niet de werking van die uitspraak aan, nu een dergelijke uitspraak immers geen werking heeft voordat zij in kracht van gewijsde is gegaan. Met de vernietiging brengt de Hoge Raad alleen tot uitdrukking dat de in cassatie met succes bestreden beslissingen onjuist, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd zijn. De Hoge Raad geeft – indien hij althans de zaak na vernietiging verwijst – zelf geen oordeel over wat rechtens is. Het is aan het verwijzingshof om daarover opnieuw te oordelen.

#### 7 Conclusie

Als cassatierechter vernietigt de Hoge Raad uitspraken die in strijd met het recht zijn geweest of lijden aan een vormverzuim als bedoeld in art. 79 lid 1 sub a Wet RO. Meestal verwijst hij de zaak vervolgens naar een lagere rechter om de behandeling van de procedure vóór cassatie voort te zetten en met de inachtneming van zijn uitspraak opnieuw een oordeel

46. Zie HR 22 oktober 1940, *NJ* 1941/431.

47. Zie HR 11 juni 1982, *NJ* 1983/11, m.nt. B. Wachter (*X/NMB*).

48. Zo kan men zich afvragen hoe in het tweede faillissement moet worden omgegaan met boedelschulden uit het eerste faillissement, of het wel in de rede ligt om voor de termijn als bedoeld in art. 43 en 45 Fw en in art. 2:138/248 lid 6 BW aan te haken bij de aanvang van het tweede faillissement, en of art. 13a Fw toepassing moet vinden in het eerste faillissement, terwijl kort nadien nogmaals het faillissement van de schuldenaar wordt uitgesproken. Bovendien bestaat het risico dat in de tussentijdende periode het (door de curator in het eerste faillissement gegenereerde) actief van de schuldenaar is verdwenen. Zie T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, ‘Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring. Deel II – Rechtsmiddelen’, *TvJ* 2017, afl. 3, p. 30.

49. Thijs van Zanten en ik bepleiten dit eerder al, zie Van Zanten & Lintel 2017, p. 30. Ook Wachter is kritisch op het oordeel van de Hoge Raad dat zijn vernietiging van een faillietverklaring een einde maakt aan het faillissement, zie zijn noot bij *X/NMB* in *NJ* 1983/11. Zie over deze problematiek tevens de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 11 november 2016, *NJ* 2017/87, m.nt. F.M.J. Verstijlen, nrs. 4.10 en 4.11.

50. Zie HR 28 september 1984, *NJ* 1985/83, m.nt. W.H. Heemskerck (*B./Staat*), r.o. 3.2; HR 14 december 1990, *NJ* 1991/307 (*S./P.*), r.o. 3.

51. Zie in die zin M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 185.

52. Vgl. C.J.J.C. van Nispen, ‘Het effect van een latere uitspraak op een rechterlijk verbod of bevel’, *BIE* 1985, afl. 6/7, p. 228: ‘de uitspraak in appel is weliswaar onjuist bevonden maar de juistheid van het eerste vonnis staat niet vast; de Hoge Raad acht verder onderzoek nodig’.

53. Zie voor een recent voorbeeld waarin de Hoge Raad het oordeel van een kantonrechter bekrachtigde: HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

54. Zie in gelijke zin A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 82 en 83.

55. Zie Klaassen, Meijer & Snijders 2017/159.

56. Zie HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5360, r.o. 3.1; HR 17 december 2010, *NJ* 2011/9 (*Genco/De Heer*), r.o. 3.10.2.



over het gevorderde of verzochte te vellen. Met de vernietiging door de Hoge Raad is de zaak dan nog niet beslecht. Toch heeft die vernietiging al wel bepaalde rechtsgevolgen, die in dit artikel aan de orde zijn gekomen. De gevolgen zijn afhankelijk van het soort beslissing dat door de vernietiging van de Hoge Raad wordt geraakt.

*Condemnatoire* beslissingen verliezen door de vernietiging onherroepelijk hun rechtskracht. Aan de vernietigde veroordeling hoeft dus niet meer te worden voldaan. Hetzelfde geldt mijns inziens voor alle veroordelende beslissingen die niet direct door de Hoge Raad zijn vernietigd, maar wel door zijn vernietiging worden geraakt omdat ze voortbouwen op of samenhangen met vernietigde beslissingen. Daarbij zal het dan met name gaan om proceskostenveroordelingen of veroordelingen tot betaling van een dwangsom. In dit verband heb ik betoogd dat de in de literatuur gelanceerde leer van de 'voorwaardelijke' vernietiging niet opgaat, wat ook meebrengt dat de verwijzingsrechter ten aanzien van voortbouwende en samenhangende beslissingen altijd tot een ander oordeel kan komen dan de rechter vóór cassatie, ook als over die beslissingen in cassatie niet is geklaagd. Als al is gepresteerd op grond van de later vernietigde beslissing, dan is die prestatie onverschuldigd geweest. Ik heb bepleit dat ook in cassatie naast de vordering tot vernietiging van de bestreden uitspraak een vordering tot ongedaanmaking van hetgeen op basis van die uitspraak is voldaan, niet alleen voor toewijzing in aanmerking zou moeten komen indien de Hoge Raad de zaak zelf afdoet, maar ook indien hij deze verwijst naar het hof.

Als de Hoge Raad een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde *constitutieve* beslissing vernietigt, dan eindigt de rechtstoestand die daarmee in het leven was geroepen. Een uitzonderingsgeval betreft de vernietiging van een faillietverklaring, omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een faillissement ook na vernietiging voortduurt zolang die vernietiging nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Een uitgesproken faillissement zou in verband met materiële faillissementsregels dan niet moeten eindigen door een vernietiging van dat faillissement door de Hoge Raad, maar pas als de verwijzingsrechter het faillissement onherroepelijk heeft vernietigd, hoewel dit indruist tegen het oordeel van de Hoge Raad in *X/NMB*.

De gevolgen van een vernietiging van een *declaratoire* beslissing ten slotte zijn beperkt, omdat dergelijke beslissingen pas werking hebben wanneer ze in kracht van gewijsde zijn gegaan. Het is aan de verwijzingsrechter om na vernietiging in cassatie en tegen de achtergrond van het reeds gevoerde partijdebat en het arrest van de Hoge Raad een beslissing te nemen.