

(Trb. 1971, 118). De onderhavige prejudiciële beslissing is echter van belang voor de uitleg van art. 16 Rome II, waarin is bepaald dat de bepalingen van Rome II onverlet laten de toepassing van de rechtsregels van het land van de rechter die, ongeacht het recht dat op de niet-contractuele verbintenis van toepassing is, het geval dwingend beheersen. In deze zaak is de vraag gesteld of art. 16 Rome II aldus moet worden uitgelegd dat een verjaringstermijn naar nationaal recht moet worden gezien als een bepaling van bijzonder dwingend recht. Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat art. 15, onder h) Rome II bepaalt dat het recht dat krachtens Rome II van toepassing is met name de verjaring en het verval regelt. Voor de uitleg van het begrip 'bepaling van bijzonder dwingend recht' kijkt het hof in het kader van een coherente toepassing naar jurisprudentie omtrent dit begrip in Rome I (vgl. HvJ EU 21 januari 2016, C-359/14 en C-475/14, NJ 2016/353, m.nt. T.M. de Boer onder punt 43). Daaruit volgt dat dit begrip strikt moet worden uitgelegd (HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, RvdW 2014/235, punt 49 (*Unamar*)). Dientengevolge geldt dat een nationaalrechtelijke verjaringstermijn als de onderhavige in beginsel niet moet worden gezien als een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van art. 16 Rome II. Naar analogie van het *Unamar*-arrest geldt hiervoor echter een uitzondering wanneer de aangezochte rechter op basis van een omstandige analyse van de bewoordingen, de algemene opzet en de doelstellingen van die bepaling, alsmede de context waarin zij tot stand is gekomen, vaststelt dat in de nationale rechtsorde aan de desbetreffende bepaling een dergelijk groot belang toekomt dat het gerechtvaardigd is af te wijken van het recht dat krachtens art. 4 Rome II van toepassing is.

De andere door de Portugese rechter gestelde vragen hebben betrekking op art. 28 van Richtlijn 2009/103, waarin lidstaten de mogelijkheid wordt gegeven om bepalingen in te voeren die voor de benadeelde gunstiger zijn dan de bepalingen die nodig zijn om aan de richtlijn te voldoen. Is art. 28 een regel van Unierecht die valt onder art. 27 Rome II? Deze vraag beantwoordt het hof ontkennend, nu de richtlijn lidstaten enkel ertoe verplicht maatregelen te treffen die de bescherming van een verkeersslachtoffer waarborgen. Art. 28 Richtlijn 2009/103 betreft uitsluitend de uitvoeringswetgeving van de lidstaat en niet de vraag of deze gunstigere regels in een bepaald geval van toepassing zijn in plaats van de regels van andere lidstaten, aldus het hof (punt 39 en 40).

NJ 2019/108

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

13 april 2018, nr. 17/04820
(Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders,
T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron,
C.H. Sieburgh; plv. P-G mr. F.F. Langemeijer)
m.nt. H.B. Krans

Art. 5, 40, 58 RO; art. 31, 230, 287 Rv; art. 6 EVRM

NJB 2018/836
RBP 2018/46
RvdW 2018/531
ECLI:NL:HR:2018:604
ECLI:NL:PHR:2018:156

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Vonnis uitgesproken na benoeming van een van rechters tot raadsheer; vonnis eerder gewezen ook indien na defungeren op ondergeschikte punten wijzigingen hebben plaatsgevonden?; nietigheid vonnis; terugwijzing; rechtspraak m.b.t. rechterswisseling.

Een rechterlijk ambtenaar die werkzaam is bij een rechtbank is vanaf de datum met ingang waarvan hij of zij tot raadsheer of senior raadsheer in een gerechtshof is benoemd, niet meer bevoegd om als rechter in een rechtbank op te treden, tenzij hij of zij tevens tot rechter-plaatsvervanger is benoemd.

Een beschikking, vonnis of arrest kan worden uitgesproken nadat een rechter die de zaak heeft behandeld is gedefungeerd, mits die beschikking, dat vonnis of dat arrest voordien is gewezen (vastgesteld). Een beschikking, vonnis of arrest wordt gewezen wanneer alle rechters die over de zaak oordelen de volledige tekst van de uit te spreken beschikking of het uit te spreken vonnis of arrest hebben vastgesteld. Een beschikking, vonnis of arrest uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd voordat de beschikking, het vonnis of het arrest was gewezen, is ingevolge art. 5 lid 2 RO nietig.

Een vonnis kan in beginsel niet worden uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd indien na dit defungeren nog wijzigingen worden aangebracht in de tekst van dat vonnis omdat dat vonnis dan niet geldt als voor dat defungeren gewezen. Dat geldt in beginsel ook indien het gaat om wijzigingen van ondergeschikte aard, die geen inhoudelijke wijziging meebrengen van de motivering van de beslissing(en). Een uitzondering kan worden aanvaard voor kennelijke fouten die zich lenen voor eenvoudig herstel als bedoeld in art. 31 Rv. Wel dient, uit een oogpunt van controleerbaarheid, in zodanig geval aan de voet van het vonnis te worden vermeld dat, nadat de tekst van het vonnis was vastgesteld (mede) door de nadien gedefungeerde rechter, en voordat het vonnis is uitgesproken, een of meer kennelijke fouten zijn hersteld, welke fout(en) het betreft, en welke rechters tot die verbetering hebben besloten. Nu de verbetering tegelijk met het vonnis wordt uitgesproken, is voor overeenkomstige toepassing van de eis van hoor en weder-

hoor van partijen (art. 31 lid 1 Rv) in zodanig geval geen plaats. Ook voor overeenkomstige toepassing van de regel die geldt bij rechterswisselingen (HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181 en HR 15 april 2016, RvdW 2016/517) is geen plaats.

Het hof dient, nadat het de nietigheid van het eindvonnis van de rechtbank heeft uitgesproken, de zaak terug te wijzen naar de rechtbank.

Het recht op beoordeling door een onpartijdige rechter, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM, brengt mee dat de zaak na terugwijzing niet dient te worden beoordeeld door dezelfde rechters als die welke aan het nietig geoordeelde eindvonnis hebben meegewerkt. Indien voorafgaand aan het vernietigde eindvonnis een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, is de rechtspraak met betrekking tot een rechterswisseling van toepassing.

1. [A], te Volksrepubliek China,
 2. [B],
 3. De rechtspersoon naar vreemd recht Cadenza Management Limited, te Britse Maagdeneilanden, appellanten in hoger beroep, adv. in de prejudiciële procedure: mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk,
 4. De gezamenlijke erven van [C],
 5. [D], te België,
- appellanten in hoger beroep, niet verschenen in de prejudiciële procedure,

1. Fairstar Heavy Transport N.V., te Rotterdam,
2. Dockwise White Marlin B.V., te Breda, geïntimeerden in hoger beroep, adv. in de prejudiciële procedure: mr. F.E. Vermeulen.

Hof (tussenarrest):

3 Beoordeling In alle drie de zaken:

3.1 Ingevolge voormelde rolbeslissingen liggen op dit moment uitsluitend ter beoordeling voor de *preliminaire grieven* in alle drie de zaken. De grieven strekken ten betoge dat het vonnis van 30 september 2015 nietig is omdat het is geweest door slechts twee rechters van de rechtbank Amsterdam. De grieven voeren daartoe aan dat het eindvonnis is gegeven op 30 september 2015 en dat mr. Vink, wiens naam als derde rechter aan de voet van dat vonnis staat vermeld, op 30 september 2015 geen rechter bij die rechtbank meer was. Het hof wordt in overweging gegeven over deze kwestie prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grieven als volgt.

3.2 Een vonnis wordt gewezen wanneer alle rechters die over de zaak oordelen de tekst van het uit te spreken vonnis hebben vastgesteld (vgl. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607; JOR 2017/30, *Meavita*). In de faxbrief van de griffier van de rechtbank van 18 mei 2016 staat dat het vonnis na het defungeren van mr. Vink als senior rechter, zij het op ondergeschikte punten, nog is gewijzigd. Het hof leidt daaruit af dat de (integrale) tekst van het vonnis eerst daarna is vastgesteld. In lijn met

Meavita betekent dit dat het vonnis eerst na het defungeren van mr. Vink is gewezen.

3.3 Ingevolge artikel 5 lid 2 Wet RO worden vonnissen in burgerlijke zaken op straffe van nietigheid gewezen met het in de wet bepaalde aantal rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast. Op grond van het bepaalde in artikel 6 lid 2 Wet RO bestaan meervoudige kamers (behoudens thans niet van belang zijnde uitzonderingen) uit drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast. Bij rechtbanken gaat het daarbij om senior rechters A, senior rechters, rechters en rechters-plaatsvervanger (artikel 40 lid 1 Wet RO).

3.4 In *Meavita* was een van de raadsheren ten tijde van het wijzen van de beschikking vanwege het bereiken van de leeftijd van zeventig jaren niet meer rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast, met gevolg dat de bestreden beschikking nietig werd geacht. Deze zaak verschilt in zoverre van *Meavita*, dat mr. Vink weliswaar na 1 juli 2015 was gedefungeerd als senior rechter A bij de rechtbank Amsterdam, maar dat hij niet zijn hoedanigheid van rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast had verloren.

3.5 De vraag rijst of dit verschil met *Meavita* tot een andere uitkomst moet leiden. Het hof is voorshands van oordeel dat (behoudens thans niet van belang zijnde uitzonderingen) artikel 5 lid 2 Wet RO, gelezen in samenhang met 6 lid 2 Wet RO en artikel 40 lid 1 Wet RO, meebrengt dat een vonnis in burgerlijke zaken, in meervoudige combinatie geweest, op straffe van nietigheid dient te worden gewezen door drie rechterlijke ambtenaren, bedoeld in artikel 40 lid 1 Wet RO (vgl. de noot van Hammerstein onder JOR 2017/30 onder 6). Het hof sluit echter niet uit dat hierover anders moet worden geoordeeld.

Het gaat hier om een rechtsvraag die rechtstreeks van belang is voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag kan worden opgeworpen. Vóór *Meavita* werd immers in de rechtspraak wel de opvatting gehuldigd dat een vonnis reeds werd gewezen op het moment dat in raadkamer op alle geschilpunten inhoudelijk was beslist. Het hof is daarom voornemens om op de voet van artikel 392 Rv de volgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen:

“1. Is een vonnis in burgerlijke zaken nietig op grond van artikel 5 lid 2 Wet RO indien dit in een meervoudige kamer is gewezen door drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, van wie een of meer niet zijn aan te merken als rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, bedoeld in artikel 40 lid 1 Wet RO?”

3.6 Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, rijst vervolgens de vraag welke de gevolgen zijn, indien in hoger beroep met succes een beroep op de nietigheid wordt gedaan. Het hof ziet onder meer de volgende mogelijkheden: (i) het hof wijst de zaak terug naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt voor een nieuwe behandeling; (ii) het hof verwijst de zaak naar een andere rechtbank;

(iii) het hof constateert de nietigheid van het vonnis maar verbindt hieraan in zoverre geen praktische consequenties dat vervolgens het hoger beroep inhoudelijk wordt behandeld en beoordeeld als ware het vonnis geldig; (iv) het hof constateert de nietigheid van het vonnis en behandelt de zaak zelf in volle omvang, als ware hij eerstelijnsrechter en derhalve niet gebonden aan het grievensstelsel. Het hof is daarom voornemens om de volgende prejudiciële vragen te stellen:

2. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, dient de zaak dan te worden teruggevoerd naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt?

3. Indien het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, kan de zaak na terugwijzing worden beoordeeld door een combinatie die mede bestaat uit rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast die eerder aan het nietige vonnis hebben meegewerkt?

4. Indien het antwoord op vraag 2 ontkennend luidt, dient de zaak dan te worden verwezen naar een andere rechtbank?

5. Indien het antwoord op vraag 4 ontkennend luidt, wat zijn de consequenties van de nietigheid van het vonnis voor de verdere behandeling en beoordeling in hoger beroep?

3.7 Partijen zullen op de voet van artikel 392 lid 2 Rv in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte uit te laten over de vragen die het hof voornemens is aan de Hoge Raad voor te leggen.

Hof (eindarrest):

2 De verdere beoordeling In alle drie de zaken:

2.1 In het tussenarrest heeft het hof kennis gegeven van zijn voornemen om de in dat arrest in rov. 3.16 geformuleerde vragen op de voet van artikel 392 Rv aan de Hoge Raad voor te leggen. Partijen hebben zich in hun aktes uitgelaten over dat voornemen, alsmede over de inhoud van de te stellen vragen.

2.2 Erven [C] en [A] onderschrijven het voornemen van het hof om prejudiciële vragen te stellen. Dockwise c.s. onderkennen onder handhaving van hun standpunten ten aanzien van de preliminaire grief dat de nadien gewezen beschikking HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202, JOR 2017/30 (*Meavita*) vragen doet rijzen hoe in deze zaken moet worden beslist. Het hof begrijpt hun standpunt aldus dat zij zich in zoverre aan het oordeel van het hof refereren.

2.3 Ervan uitgaande dat het hof inderdaad prejudiciële vragen zal stellen, hebben Dockwise c.s. een aanvullende vraag voorgesteld. In *Meavita* heeft de Hoge Raad overwogen dat een beschikking wordt gewezen wanneer alle rechters die over de zaak oordelen de tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld. Dockwise c.s. verzoeken aan de Hoge Raad de volgende aanvullende vraag voor te leggen:

“Geldt een vonnis van een meervoudige kamer als ‘gewezen’ op het moment dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in con-

cept gereed was voor de datum waarop een rechter in de combinatie als gevolg van een overstap binnen de rechterlijke macht de hoedanigheid van rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast in de zin van artikel 40 lid 1 Wet RO heeft verloren wanneer na die datum in het vonnis slechts op ondergeschikte punten nog wijzigingen hebben plaatsgevonden die niet tot enige andere beslissing op welk punt dan ook hebben geleid?”

2.4 Het hof overweegt als volgt. De vraag wanneer een vonnis wordt gewezen, rijst niet alleen wanneer een rechter in de combinatie zijn hoedanigheid van rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast in de zin van artikel 40 lid 1 Wet RO verliest. Gelet voorts op de sinds 1 september 2017 bestaande mogelijkheid op de voet van artikel 30p Rv mondeling einduitspraak te doen (vgl. de noot van Krans onder de *Meavita*-beschikking, NJ 2017/202 onder 4 en 5), ziet het hof aanleiding om de door Dockwise c.s. voorgestelde vraag aldus te herformuleren en aan de Hoge Raad voor te leggen (onder vernummering van de overige vragen):

“1. Geldt een vonnis van een meervoudige kamer als ‘gewezen’ op het moment dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in concept gereed is, ook indien nadien op ondergeschikte punten nog wijzigingen hebben plaatsgevonden?”

Afhankelijk van het antwoord op deze vraag zal het hof bezien of aanleiding bestaat terug te komen van zijn oordeel in rov. 3.2 van het tussenarrest dat het bestreden vonnis eerst na het defungeren van mr. Vink is gewezen.

2.5 Ten aanzien van de vraag 2 (nieuwe nummering) hebben erven [C] en [A] redactionele wijzigingen voorgesteld waarmee kennelijk wordt beoogd de nauwe verwantschap tussen de onderhavige zaak en *Meavita* te onderstrepen. Aangezien met deze vraag nu juist wordt beoogd helderheid te krijgen of er in een geval als het onderhavige zodanige verwantschap met *Meavita* bestaat, dat het bestreden vonnis op dezelfde grond als in *Meavita* als nietig moet worden aangemerkt, zal het hof deze voorgestelde wijziging niet overnemen.

2.6 Dockwise c.s. hebben zich afgevraagd of de vragen 3, 4 en 5 (nieuwe nummering) niet moeten worden aangemerkt als *acte éclairé*, gelet op het strikt toegepaste terugwijzingsverbod en het arrest van de notariskamer van dit hof van 30 mei 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1928).

Het hof onderkent dat het terugwijzingsverbod strikt wordt toegepast (vgl. o.m. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:96), maar wil voorshands niet uitsluiten dat hierop in een geval als het onderhavige een uitzondering wordt gemaakt. Wat betreft het arrest van de notariskamer merkt het hof op dat de beoordeling van notariële tuchtzaken in hoger beroep verschilt van die in burgerlijke zaken. In notariële tuchtzaken wordt de zaak in hoger beroep in volle omvang behandeld en wordt het debat dan ook niet beperkt door het grievensstelsel (artikel 107 lid 4 Wet op het notarisambt). Bovendien is in nota-

riële tuchtzaken in appel geen plaats voor nieuw geformuleerde klachten (zie onder meer Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2785). Niet valt uit te sluiten dat deze verschillen voeren tot een andere beantwoording van de hier voorliggende vragen. Van een *acte éclairé* is derhalve geen sprake.

2.7 Het hof ziet geen bezwaar tegen de redactionele wijziging van vraag 5 (nieuwe nummering) zoals voorgesteld door erven [C] en [A]. Ook de door Dockwise c.s. voorgestelde redactionele wijziging van vraag 3 tot en met 6 (nieuwe nummering) zal worden overgenomen.

2.8 De erven [C] en [A] hebben voorgesteld aan de Hoge Raad nog vragen voor te leggen betreffende de behandeling van de zaak na terugwijzing naar de rechtbank, de proceskosten en cassatieberoep tegen een beslissing de zaak terug te wijzen of aan zich te houden. Ingeval van terugwijzing naar de rechtbank zal het echter mede afhangen van het procesbeleid van de rechtbank hoe de zaak zal worden voortgezet. Voorts vermag het hof wat de proceskostenveroordeling en cassatieberoep betreft niet in te zien dat op dit punt bijzondere regels gelden. Het hof achter derhalve geen termen aanwezig om bedoelde vragen ter beantwoording voor te leggen op de voet van artikel 392 Rv.

Slotsom

2.9 Gelet op het voorgaande handhaaft het hof het voornemen prejudiciële vragen te stellen en ziet het hof aanleiding een aanvullende vraag te stellen en de vragen aan te passen als na te melden.

2.10 Artikel 392 lid 3 Rv schrijft voor dat de beslissing waarbij de vraag wordt gesteld ook het onderwerp van geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de door partijen ingenomen standpunten vermeldt. Het hof volstaat daartoe met een verwijzing naar de rov. 2.1 tot en met 2.4 en rov. 3.1 van het tussenarrest van 9 mei 2017.

2.11 Zoals artikel 392 lid 5 Rv voorschrijft, zal iedere verdere beslissing worden aangehouden totdat een afschrift van de beslissing van de Hoge Raad is ontvangen.

Conclusie plv. P-G mr. F.F. Langemeijer:

In deze zaak zijn prejudicieel vragen gesteld over het voorschrift in artikel 5 lid 2 RO, dat een vonnis op straffe van nietigheid wordt gewezen door het in die wet bepaalde aantal rechters. Ook zijn vragen gesteld over de verdere behandeling van de zaak na een geslaagd beroep op deze nietigheidsgrond.

1 Feiten en procesverloop

1.1 Het gerechtshof is uitgegaan van de volgende feiten:¹

1.1.1 Op 9 februari 2015 heeft in eerste aanleg een pleitzitting plaatsgevonden in twee door de

rechtbank Amsterdam gevoegd behandelde zaken. De rechterscombinatie die de zaken toen behandelde bestond uit mr. A.W.H. Vink, mr. A.E. de Vos en R.A. Dudok van Heel.

1.1.2 Op 30 juni 2015 is mr. Vink gedefungeerd als senior rechter in de rechtbank Amsterdam. Met ingang van 1 juli 2015 is mr. Vink benoemd tot raadshoer in het gerechtshof Amsterdam.

1.1.3 Op 30 september 2015 heeft de rechtbank in de gevoegde zaken een eindvonnis uitgesproken.² Aan de voet van dat vonnis is vermeld:

“Dit vonnis is gewezen door mr. A.W.H. Vink, mr. A.E. de Vos en mr. R.A. Dudok en in het openbaar uitgesproken door de rolrechter op 30 september 2015.”

1.1.4 Bij faxbrief van 18 mei 2016 heeft de griffier van de rechtbank Amsterdam aan de raadsman van [A] c.s. geschreven, voor zover hier van belang:

“Het is juist dat mr. A.W.H. Vink per 1 juli 2015 raadshoer is geworden in het Gerechtshof te Amsterdam. Voor zijn vertrek heeft mr. Vink met mr. Dudok van Heel en mr. De Vos in raadkamer beraadslaagd over alle vorderingen in beide bovengenoemde zaken, zowel in conventie als in reconventie, en heeft daarop mede beslist. Dit betekent dat het vonnis inhoudelijk voor 1 juli 2015 is gewezen door de drie onder het vonnis vermelde rechters. Ook de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen was in concept gereed voor 1 juli 2015. Na die datum hebben slechts op ondergeschikte punten nog wijzigingen plaatsgevonden, die niet tot enige andere beslissing op welk punt dan ook hebben geleid.”

1.2 Het gerechtshof Amsterdam heeft in een tussenarrest van 9 mei 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1759) geconstateerd dat in elk van de drie door het hof gevoegde procedures waarin hoger beroep tegen dat eindvonnis is ingesteld, de nietigheid van dat vonnis aan de orde is gesteld in een preliminaire grief. Het hof heeft het voornemen uitgesproken hierover prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de te stellen vragen.

1.3 Bij tussenarrest van 10 oktober 2017 heeft het hof de volgende vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

“1. Geldt een vonnis van een meervoudige kamer als ‘gewezen’ op het moment dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in concept gereed is, ook indien nadien op ondergeschikte punten nog wijzigingen hebben plaatsgevonden?

2. Is een vonnis in burgerlijke zaken nietig op grond van artikel 5 lid 2 RO indien dit in een meervoudige kamer is gewezen door drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, van wie een of meer niet zijn aan te merken als rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast bedoeld in artikel 40 lid 1 Wet RO?

¹ Zie het tussenarrest van 9 mei 2017 onder 2. In eerste aanleg was sprake van twee gevoegde zaken. In hoger beroep is sprake van drie gevoegde appelzaken.

² Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932.

3. Indien het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, dient de zaak dan te worden teruggewezen naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt?

4. Indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, kan de zaak na terugwijzing worden beoordeeld door een combinatie die mede bestaat uit rechterlijke ambtenaren die eerder aan het nietige vonnis hebben meegewerkt?

5. Indien het antwoord op vraag 3 ontkennend luidt, dient de zaak dan te worden verwezen naar een andere rechtbank binnen het hofresort Amsterdam?

6. Indien het antwoord op vraag 5 ontkennend luidt, wat zijn de consequenties van de nietigheid van het vonnis voor de verdere behandeling en beoordeling in hoger beroep?"

14 Nadat de Hoge Raad had beslist dat de vragen in behandeling worden genomen, zijn schriftelijke opmerkingen ingediend namens [A], [B] en Cadenza Management enerzijds en namens Fairstar en Dockwise anderzijds. Namens Fairstar en Dockwise is gerepliceerd.

2 Bespreking van de prejudiciële vragen

2.1 Blijkens de toelichting van het hof zijn de prejudiciële vragen gesteld naar aanleiding van de beschikking van de Hoge Raad van 18 november 2016 inzake *Meavita*.³ Deze had betrekking op een beschikking van de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam die, volgens vermelding aan de voet daarvan, op 6 juni 2014 was gegeven en op 2 november 2015 in het openbaar was uitgesproken. In cassatie werd toen aangevoerd dat die beschikking, gezien de inhoud daarvan, tot stand moest zijn gekomen eerst na het defungeren van de voorzitter van de Ondernemingskamer per 1 mei 2015 en dat de beschikking dus niet was gegeven door het wettelijk vereiste aantal rechters. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

"3.3.2. Op grond van art. 5 leden 2 en 3 RO in verbinding met art. 66 lid 2 RO dient een beschikking van de ondernemingskamer, op straffe van nietigheid, te worden gewezen door drie rechters en twee deskundige leden. Een beschikking wordt gewezen wanneer alle rechters – en, in het geval van de ondernemingskamer, deskundige leden – die over de zaak oordelen de tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld. Nadat een rechter is gedefungeerd, kan hij niet meer als 'rechter' in de zin van deze voorschriften worden aangemerkt.

3.3.3. Uit rov. 1.17 van de bestreden beschikking blijkt dat mondelinge behandelingen in deze zaak hebben plaatsgevonden op 4 en 5 juni 2014. Uitgesloten moet worden geacht dat de rechters en deskundige leden zich reeds op 6 juni 2014, de datum die in de voet van de be-

schikking is vermeld als de datum waarop die beschikking is gegeven, hebben ingestemd met de vaststelling van de volledige tekst van de 191 pagina's tellende beschikking. Deze vermelding kan derhalve niet juist zijn.

Voorts blijkt uit de stukken dat de ondernemingskamer bij brieven van 22 december 2014, 13 februari 2015, 27 mei 2015 en 24 september 2015 telkens aan partijen heeft bericht dat binnen de eerder aangekondigde uitspraaktermijn geen uitspraak kon worden gedaan. Nu uit de motivering van de beschikking niet anders blijkt, moet uit deze berichten worden afgeleid dat vaststelling van de volledige tekst van de beschikking pas heeft plaatsgevonden na 24 september 2015. De omstandigheid dat mr. Ingelse per 1 mei 2015 is gedefungeerd – waarmee de Hoge Raad ambtshalve bekend is – brengt dan mee dat hij niet als rechter kan hebben deelgenomen aan de vaststelling van de volledige tekst. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat de beschikking niet is gewezen door het in de wet bepaalde aantal rechters. Onderdeel 1 slaagt derhalve.

3.3.4. Naar aanleiding van het voorgaande verdient nog opmerking dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen voor een geval als het onderhavige meebrengt dat nietigheid van de beschikking uitsluitend kan worden ingeroepen in het kader van een daartegen openstaand rechtsmiddel."

Vraag 1: Wanneer is een vonnis van een meervoudige kamer 'gewezen'?

2.2 In zijn conclusie voorafgaand aan de genoemde beschikking inzake *Meavita* heeft de A-G Timmerman reeds een overzicht van de toepasselijke regels gegeven. Bij wijze van recapitulatie en deels in aanvulling daarop merk ik het volgende op.

2.3 Taalkundig en juridisch moet onderscheid worden gemaakt tussen het vonnis (de beslissing over hetgeen gevorderd is en de gronden daarvoor) en anderzijds de bekendmaking van het vonnis door middel van de uitspraak. De uitspraak van een vonnis geschiedt in het openbaar (zie art. 121 Grondwet). De uitspraak geschiedt door voorlezing van het vonnis of ten minste van de daarin neergelegde beslissing in een voor het publiek toegankelijke zitting. In de praktijk wordt de voorlezing dikwijls vervangen doordat het vonnis op een andere wijze door de burgerlijke rechter openbaar wordt gemaakt, namelijk door toezending aan de procespartijen en gelijktijdige terbeschikkingstelling voor publicatie. De uitspraak van vonnissen van de burgerlijke rechter geschiedt door een van de rechters die de zaak heeft behandeld of door de rolrechter (zijnde een andere rechter in het hetzelfde gerecht).⁴ Het tijdstip van de uitspraak – de openbaarmaking van het vonnis – is bepalend voor het tijdstip waarop de rechterlijke beslissing haar werking verkrijgt en in de regel ook voor het tijdstip

3 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202 m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfhaarde, JOR 2017/30 m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50 m.nt. M.H.C. Sinnighe Damsté. Zie ook de parallelzaak HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614.

4 Zie art. 16 lid 1 Besluit orde van dienst gerechten.

waarop de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel aanvangt.⁵

2.4 Vonnissen moeten, naast een beslissing over de vordering (het zgn. *dictum*), de gronden inhouden waarop zij berusten. Voor vonnissen van de burgerlijke rechter volgt dit, naast art. 121 Grondwet, ook uit art. 230, lid 1 onder e, Rv.⁶ De motivering vormt een essentieel deel van het vonnis en is niet een taak die de rechter aan een andere rechter kan overlaten. Ook al laat de rechter bij het op schrift stellen van het vonnis zich bijstaan door de griffier of door juridisch ondersteunend personeel, alleen de rechter zelf is degene die de volledige tekst van het vonnis vaststelt en daarvoor de verantwoordelijkheid draagt.⁷ De hiervoor aangehaalde beschikking van de Hoge Raad in de zaak *Meavita* laat er geen twijfel over bestaan dat de volledige tekst, dus ook de motivering, van het vonnis moet worden vastgesteld door de rechters die over de zaak oordelen ('vonnis wijzen'). Op dat tijdstip moeten die rechters (nog) in functie zijn.

2.5 Meervoudige kamers van een gerecht behandelen doorgaans zaken die belangrijker of ingewikkelder zijn dan de gemiddelde zaak die door een enkelvoudige kamer wordt behandeld. Bovendien kunnen de rechters die de zaak behandelen onderling van mening verschillen. Het ligt daarom voor de hand dat wanneer de rechters na de laatste proceshandeling beraadslagen over de door hen te nemen beslissing en de motivering daarvan, dikwijls niet meteen de tekst van het vonnis kan worden vastgesteld. Een van de rechters schrijft, al dan niet met hulp van juridisch ondersteunend personeel, een conceptvonnis. De andere leden van de rechterscombinatie hebben inbreng in de inhoud van het concept. Tijdens de beraadslaging in raadkamer kan volledig overeenstemming worden bereikt over de tekst van het vonnis: dan is sprake van een unaniem uitspraak. Indien het niet lukt om volledig overeenstemming te bereiken over de beslissing of over de motivering daarvan, dan moet er worden gestemd. De stemverhouding in raadkamer blijft geheim (zie art. 7 RO). Nederland kent geen openbaarmaking van '*dissenting opinions*'. In ieder geval is er een ogenblik waarop de raadkamerdiscussie wordt afgesloten door de voorzitter. Dat is het (in rov. 3.3.2 van de *Meavita*-beschikking bedoelde) tijdstip waarop de rechters de tekst van het vonnis hebben vastgesteld die het meest overeenstemt met het oordeel van de meerderheid van de rechters die de zaak behandelen. Soms gebeurt het dat een reeds afgesloten

raadkamerdiscussie wordt heropend vóór de uitspraakdatum (bijvoorbeeld wanneer nadien een uitspraak van een hogere rechter bekend wordt die tot bijstelling van de beslissing of van de motivering noopt), maar dat zijn uitzonderingen. In deze uitzonderingsgevallen is er opnieuw een moment aan te wijzen waarop de heropende raadkamerdiscussie is afgesloten en de tekst wordt vastgesteld.

2.6 In de ideaaltypische situatie wordt een vonnis van de burgerlijke rechter pas uitgesproken nadat de volledige tekst van het vonnis – beslissing plus motivering – op schrift is gesteld. Ook het voorschrift van art. 231 Rv, dat de griffier op de dag van de uitspraak een afschrift van het vonnis overhandigt aan de eiser en aan de gedaagde die in het geding is verschenen, gaat uit van dit standaardgeval. Art. 230 lid 3 Rv bepaalt dat het vonnis wordt ondertekend door de rechter of, bij een meervoudige kamer, door de voorzitter en de griffier. Een vonnis kan ook worden ondertekend door de (rol-)rechter die het vonnis uitspreekt.⁸

2.7 Tot zover de gewone gang van zaken. Complicaties kunnen zich voordoen in twee situaties waarin het tijdstip van de vaststelling van het volledige vonnis en het tijdstip van de uitspraak uiteenlopen, te weten:

(i) het geval dat de rechters die de zaak behandelen op de dag van de uitspraak wel de beslissing (het *dictum*) hebben vastgesteld, maar nog niet de motivering daarvan. Dan hebben we het over de problematiek van de 'kop-staartvonnissen' in kort geding en sommige rekestzaken in uiterst spoedeisende gevallen en over het 'mondelinge vonnis'. Met dit laatste is bedoeld dat de rechter de beslissing al uitspreekt – en daarmee de werking van het vonnis doet ingaan – vóórdat de motivering geheel op schrift is gesteld. Dit laatste kan bezwaarlijk zijn voor de procespartij die een rechtsmiddel wil aanwenden en bij het verstrijken van de daarvoor gestelde termijn nog steeds niet beschikt over de volledige tekst van het schriftelijke vonnis.⁹ Voor bepaalde gevallen heeft de wetgever een mondeling

⁵ Vgl. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9906, NJ 2009/206; HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6999, NJ 2012/624 m.nt. H.J. Snijders.

⁶ Zie over het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als beginsel van procesrecht: Asser Procesrecht/Giesen, 1, 2015, hoofdstuk 10.

⁷ Het is ook om die reden, dat art. 23 lid 2 RO onderscheidenlijk art. 24 lid 2 RO bepaalt dat het gerechtshof bij de uitvoering van zijn in art. 23 lid 1 RO genoemde taken en bij het geven van aanwijzingen niet treedt in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken.

⁸ Voor *arbitrale vonnissen* schrijft art. 1057 lid 2 Rv voor dat elke arbiter het vonnis ondertekent; zie ook HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, NJ 2009/6. Het derde lid geeft een regel voor gevallen waarin een arbiter weigert te ondertekenen of daartoe niet in staat is. In het *bestuursprocesrecht* bepaalt art. 8:77 lid 3 Awb dat de beslissing wordt ondertekend door de voorzitter en de griffier. Zie: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, 2017, nr. 4.8.3. In het *strafprocesrecht* bepaalt art. 365 Sv dat het vonnis binnen 48 uur na de uitspraak wordt ondertekend door de rechters die over de zaak hebben geoordeeld en door de griffier die bij de beraadslaging aanwezig is geweest. Indien een van hen daartoe buiten staat is, wordt hiervan melding gemaakt aan het slot van het vonnis (vgl. art. 16 Besluit orde van dienst gerechten). Zie hierover: G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 2014, blz. 878-880.

⁹ De scherpste kantjes van dit bezwaar zijn weggenomen door de jurisprudentie die toelaat dat in een cassatierekest een voorbehoud wordt opgenomen tot aanvulling van het cassatiemiddel na ontvangst van het afschrift van het ontbrekende schriftelijke vonnis of proces-verbaal; zie o.m. HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7625; W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2011, par. 6.5.2.

vonnis van de burgerlijke rechter mogelijk maakt.¹⁰ In de toelichting op art. 230 Rv is hierover opgemerkt:¹¹

“In het in dit wetsvoorstel voorgestelde systeem wordt onder de uitspraak verstaan de mededeling van de beslissing aan partijen die het moment bepaalt waarop de rechterlijke beslissing haar werking verkrijgt en waarop de termijnen voor hoger beroep of cassatie aanvangen. Het vonnis is de schriftelijke neerslag en uitwerking van de beslissing die aan de eisen van artikel 230 (...) voldoet, met dien verstande dat het pas een vonnis is als het daadwerkelijk is uitgesproken. Zonder schriftelijk stuk is er alleen een uitspraak en dus geen vonnis. De ideale situatie is dus dat het schriftelijk stuk reeds vóór de uitspraak gereed is. Uitzondering op deze situatie vormt de situatie dat de rechter aanstonds uitspraak doet, bijvoorbeeld in kort geding of met toepassing van artikel 232 (...), tweede lid.”¹²

(ii) het geval dat een van de rechters die de zaak hebben behandeld defungeert of komt te overlijden voordat het vonnis is uitgesproken.

2.8 Het onder (ii) genoemde geval kan nog worden uitgesplitst in: (ii.a) het geval dat een van de rechters defungeert of komt te overlijden voordat het vonnis is vastgesteld en (ii.b) het geval dat een van de rechters defungeert of komt te overlijden nadat het vonnis is vastgesteld, maar vóórdat het vonnis is uitgesproken.

2.9 Over het geval onder (ii.a) kan ik kort zijn. In deze situatie is een rechterswisseling onontkoombaar.¹³ Het gerechtshof zal een andere rechter moeten aanwijzen om de zaak te behandelen. Indien de zaak in de oorspronkelijke samenstelling mondeling ter zitting was behandeld, en de rechtbank in een gewijzigde samenstelling vonnis zal wijzen, geldt de jurisprudentie welke de Hoge Raad voor die situatie heeft ontwikkeld.¹⁴

2.10 In deze prejudiciële vraag gaat het om de situatie (ii.b). Strikt genomen kan in de situatie onder b een gereedliggend, reeds volledig vastgesteld schriftelijk vonnis gewoon worden uitgesproken. Een moeilijkheid is echter gelegen in de vraag hoe

een procespartij erachter komt op welke datum de volledige tekst van het vonnis (dus inclusief de motivering) is vastgesteld. Als gevolg van het raadkamergeheim is voor buitenstaanders niet altijd zichtbaar op welk tijdstip de volledige tekst van het vonnis is vastgesteld. In vroeger tijden, mij welbekend, placht de kamervoorzitter onder de uiteindelijk in raadkamer goedgekeurde concepttekst van het vonnis “*Fiat minuterem*” te schrijven, met paraaf en dagtekening, waarmee het vonnis formeel was vastgesteld. De tekst werd dan naar de typekamer van de griffie gebracht teneinde aldaar in het net te worden uitgept en gereedgemaakt voor de uitspraak. Sinds de gerechten gebruik maken van tekstverwerkers en – als gevolg daarvan – tot heel kort vóór de uitspraak nog wijzigingen in de tekst kunnen worden aangebracht, is het tijdstip van vaststelling minder gemakkelijk te achterhalen. In de praktijk wordt dit probleem wel opgelost door aan het slot van het vonnis de datum waarop het vonnis is vastgesteld uitdrukkelijk te vermelden naast de datum waarop het vonnis is uitgesproken.¹⁵

2.11 In de zaak die thans aan de orde is, is het raadkamergeheim voor de appellanten geen beletsel gebleken om de volgorde der gebeurtenissen te achterhalen. Het gerechtshof is in zijn vraagstelling uitgegaan van de brief van de griffier van de rechtbank (zie rubriek 1.1.4 hiervoor). Deze beschrijft de gang van zaken aldus dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in concept gereed was vóór 1 juli 2015 (dus vóór het defungeren van mr. Vink). “Na die datum hebben slechts op ondergeschikte punten nog wijzigingen plaatsgevonden, die niet tot enige andere beslissing op welk punt dan ook hebben geleid”.

2.12 Bij gebreke van een andersluidende wettelijke bepaling¹⁶ is een gedefungeerde rechter niet langer bevoegd om de tekst van het vonnis vast te stellen, dus ook niet om in te stemmen met wijzigingen in de vastgestelde tekst. Een opvatting die ruimte laat voor wijzigingen “op ondergeschikte punten”, zoals bedoeld in de prejudiciële vraag onder 1, brengt bovendien afbakeningsproblemen mee: wat geldt nog als ‘ondergeschikt’?

2.13 Een zo principiële opvatting lokt de tegenwerping uit, dat zij weinig praktisch is. Stel dat in een in raadkamer vastgestelde tekst een kennelijke taal- of typefout wordt ontdekt (bijvoorbeeld: “d” waar “dt” had moeten staan of het woordje “niet” is weggevalen); moet het vonnis dan met die fout worden uitgesproken of zou een rechterswisseling moeten plaatsvinden om de desbetreffende fout te corrigeren voordat het vonnis wordt uitgesproken? Bij de onmiddellijke publicatie (*‘preliminary print’*) van de *opinions* van de *U.S. Supreme Court* wordt op het voorblad vermeld: “*may be subject to editorial*”

¹⁵ Ook de Hoge Raad hanteert deze methode: zie de voorbeelden, genoemd in (alinea 3.21 van) de conclusie vóór en (alinea 5 van) de noot van Krans onder de *Meavita*-beschikking (NJ 2017/202).

¹⁶ Zulke bepalingen bestaan elders wel: zie alinea 3.6 en 3.24 van de conclusie van de A-G Timmerman voor de *Meavita*-beschikking.

¹⁰ Zie art. 46 lid 2 (oud) Rv zoals dit gold tussen 1989 en 2002, art. 232 lid 2 Rv en sinds 1 september 2017 art. 30p Rv.

¹¹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, blz. 403, zie ook blz. 18 (MvT).

¹² Sinds 1 september 2017 is voor bepaalde gevallen een vonnis van de burgerlijke rechter mogelijk waarvan de inhoud in het proces-verbaal van de zitting wordt neergelegd (art. 30p Rv). In een andere bij de Hoge Raad aanhangige zaak komt een dergelijk geval binnenkort aan de orde.

¹³ Dit geldt niet indien een rechter wordt overgeplaatst naar een andere rechtbank: rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast in een rechtbank zijn ingevolge art. 40 lid 2 RO van rechtswege rechter-plaatsvervanger in de overige rechtbanken. In de hoedanigheid van rechter-plaatsvervanger in zijn of haar vroegere gerecht kan de naar een andere rechtbank overgeplaatste rechter de zaak tot een goed einde brengen.

¹⁴ Zie HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181 m.nt. W.D.H. Asser; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264.

revision” of een soortgelijke aanduiding.¹⁷ Bij de verschijning van de uitspraken in druk, verzorgd door de Registrar, zijn eventuele taal- en typefouten hersteld. Ook het EHRM maakt een dergelijk voorbehoud bij publicatie van zijn decisions en arresten. Rule 81 van de Rules of Court (versie november 2016) maakt herstel mogelijk van “clerical errors, errors in calculation or obvious mistakes”.¹⁸ Lastiger wordt het, wanneer een wijziging wordt aangebracht in het dictum of in een dragende motivering. Wanneer, bijvoorbeeld, van de vier relevante omstandigheden in de oorspronkelijke tekst van het vonnis er één uit de motivering wordt weggehaald, rijst de vraag of de rechters die het vonnis hebben gewezen het vonnis ook in de nieuwe versie voor hun rekening willen nemen, zelfs al gaat het om een kennelijke – d.w.z. objectief voor een ieder zichtbare – vergissing in de oorspronkelijke tekst.

2.14 Het komt mij voor, dat overeenkomstige toepassing van de regeling voor verbetering van vonnissen in art. 31 Rv soelaas zou kunnen bieden. Dan is wel nodig dat ook wordt aanvaard dat verbetering van een vonnis niet door dezelfde rechter(s) in het betrokken gerecht behoeft te worden verricht.¹⁹ Dit laatste is logisch verklaarbaar, zolang het gaat om een kennelijke, objectief door een ieder vast te stellen vergissing in de tekst van het vonnis. Een analogische toepassing van art. 31 Rv zou voor een geval als dit inhouden dat de fout ambtshalve door een meervoudige kamer (bestaande uit de twee overgebleven leden met medewerking van een derde, vervangende rechter) vóór de uitspraak wordt hersteld. De uitgesproken versie van het vonnis bevat dan zowel de oorspronkelijk vastgestelde tekst als de vermelding van hetgeen is hersteld en de namen van de rechter(s) die daartoe heeft (of hebben) besloten.²⁰ Het voorschift, in art. 31 lid 1 Rv, dat eerst tot verbetering wordt overgegaan nadat partijen gelegenheid hebben gekregen zich daarover uit te laten, is bij de voorgestelde analogische toepassing niet aan de orde: de verbetering wordt doorgevoerd op een tijdstip waarop het vonnis nog niet (door de uitspraak daarvan) aan partijen bekend is gemaakt.

2.15 De gevolgtrekking is dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord: in een meervoudige kamer van een rechtbank komt het

vonnis tot stand op het moment waarop de drie rechters tezamen de volledige schriftelijke tekst van het vonnis vaststellen die overeenstemt met het gevoelen van de meerderheid. Voor een vaststelling van de tekst van het vonnis is nodig dat de daarbij betrokken rechters in functie zijn op het tijdstip van de vaststelling. De Hoge Raad zou – eventueel – hieraan kunnen toevoegen dat het voorgaande onverlet laat dat, indien wijziging van een kennelijke schrijf- of rekenfout zoals bedoeld in art. 31 Rv nodig is, maar vóór de uitspraak niet meer mogelijk is als gevolg van het overlijden, arbeidsongeschikt worden of defungeren van een van de rechters die de zaak mede heeft behandeld, overeenkomstige toepassing kan worden gegeven aan het bepaalde in art. 31 Rv op een wijze zoals in de vorige alinea aangegeven.

Vraag 2: vonnis van rechtbank in onvolledige samenstelling nietig?

2.16 Het hof heeft in het tussenarrest van 9 mei 2017 overwogen dat het onderhavige geval verschilt van dat waarop de Meavita-beschikking betrekking had: mr. Vink is weliswaar vóór de uitspraak van het vonnis gedefungeerd als senior rechter A in de rechtbank Amsterdam, maar heeft niet de hoedanigheid verloren van rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast. Het hof wenst te vernemen of deze omstandigheid een grond oplevert om anders te oordelen over de in art. 5 lid 2 RO bedoelde nietigheid.

2.17 Ingevolge art. 5 lid 2 RO worden vonnissen in burgerlijke zaken, op straffe van nietigheid van het vonnis,²¹ gewezen met het in deze wet bepaalde aantal rechters. Welke rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast bij een rechtbank werkzaam zijn volgt uit art. 40 lid 1 RO.²² Rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast die niet aan de omschrijving in art. 40 lid 1 RO voldoen, zijn niet bevoegd als rechter in een rechtbank. Steun voor deze uitleg van art. 5 lid 2 RO kan worden gevonden in de beschikking van de Hoge Raad van 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2561). Daar ging het om de beschikking van een meervoudige kamer van een gerechtshof. Een van de personen die de beschikking mede had gegeven bleek een raadshoer-plaatsvervanger wier benoeming eerst nadien was ingegaan. De Hoge Raad was van oordeel dat de desbetreffende beschikking niet was gewezen door drie, maar door twee raadsheren en daarom ingevolge art. 5 lid 2 RO in cassatie behoorde te worden vernietigd. De omstandigheid dat de betrokkene ‘rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast’ was, maakte dit niet anders. Vergelijk het slot van rov. 3.3.2 van de beschikking van de Hoge Raad: “Hieruit volgt dat (ook) een rechter in een rechtbank, waarvan in dit

17 Zie hierover: E. Gressman e.a., *Supreme Court Practice*, Arlington: BNA Books, 2007, blz. 30-32 en blz. 818.

18 Enkele willekeurig gekozen voorbeelden: EHRM 28 april 2009 (*K.H. e.a./Slowakije*, appl.no. 32881/04), verbeterd op 24 augustus 2011; EHRM 18 oktober 2012 (*Barišić/Slovenië*, appl.no. 32600/05), verbeterd op 21 maart 2013; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*. A Commentary, Oxford U.P. 2015, blz. 854-855.

19 Zie Ten Kate & Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken* 2013/II.4.2; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 31 Rv, aant. 6; I.P.M. van Nieuwendijk, *Verbetering van rechterlijke uitspraken*, *JBP* 2004/2, blz. 111-120, i.h.b. blz. 115. Anders: *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2, 2016/111.

20 In de bovengenoemde voorbeelden zou de correctie kunnen luiden: “brand [lees: brandt]” of “[lees: niet]”, met vermelding aan de voet van het vonnis wie deze correctie hebben aangebracht.

21 Het gaat hierbij niet om een nietigheid van rechtswege, maar om nietigheid waarop bij het instellen van een rechtsmiddel tegen het vonnis een beroep moet worden gedaan: vgl. rov. 3.3.4 van de *Meavita*-beschikking.

22 Zoals eerder gezegd: rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast in een rechtbank zijn ingevolge artikel 40 lid 2 RO van rechtswege rechter-plaatsvervanger in de overige rechtbanken.

geval sprake is, bij benoeming in het ambt van raadsheer-plaatsvervanger in een gerechtshof, voorafgaand aan de datum van indiensttreding dient te worden beëdigd.”

2.18 Het voorgaande leidt tot de gevolgtrekking dat de prejudiciële vraag 2 bevestigend kan worden beantwoord.

Vraag 3: indien nietig; terugwijzing van de zaak naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt?

2.19 De vragen 3 t/m 6 zien op de verdere afdoening van de zaak in hoger beroep. De Hoge Raad heeft in de *Meavita*-beschikking overwogen dat nietigheid als bedoeld in art. 5 lid 2 RO meebrengt dat de zaak *volledig* opnieuw moet worden beoordeeld.²³ Die consequentie ligt ook voor de hand in het huidige geval: de preliminaire grief richtte zich tegen alle beslissingen in het eindvonnis die door de rechtbank in de onvolledige samenstelling waren genomen en tegen de gronden waarop deze beslissingen berusten.

2.20 Wanneer het vonnis van de rechtbank op deze grond door het gerechtshof is vernietigd, rijst de vraag of het hof zelf de zaak volledig opnieuw zal behandelen dan wel de zaak voor een nieuwe behandeling zal terugwijzen naar de rechtbank (waarna opnieuw hoger beroep mogelijk zou zijn tegen het alsdan door de rechtbank te wijzen eindvonnis). Blijkens rov. 3.6 van het tussenarrest van 9 mei 2017 ziet het hof de volgende mogelijkheden:

- (i) terugwijzing naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt voor een nieuwe behandeling;
- (ii) verwijzing van de zaak naar een andere rechtbank;
- (iii) het hof constateert de nietigheid van het vonnis, maar verbindt hieraan in zoverre geen praktische consequenties, dat vervolgens het hoger beroep inhoudelijk wordt behandeld en beoordeeld als ware het vonnis geldig;
- (iv) het hof constateert de nietigheid van het vonnis en behandelt de zaak zelf in volle omvang als ware het hof eerstelijnsrechter en derhalve niet gebonden aan het grievenstelsel.

2.21 Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de appelrechter na vernietiging van een beroepen eindvonnis de zaak niet mag terugwijzen naar de rechter in eerste aanleg.²⁴ Deze regel bespoedigt de afdoening van het geschil, doordat het ‘pendelen’ van een zaak tussen twee of meer rechterlijke colleges wordt voorkomen. In de vakliteratuur is er aandacht voor gevraagd dat de devolutieve werking van een hoger beroep op bezwaren kan stuiten indien de eerste rechter niet is toegekomen aan een inhoudelijke behandeling van het geschil. De Hoge Raad heeft een uitzondering op deze hoofdregel aangenomen bij de vernietiging in hoger beroep van een

vonnis waarin de rechter in eerste aanleg zich (ten onrechte) onbevoegd had verklaard om van het geschil kennis te nemen.²⁵

2.22 In HR 11 december 2009

(ECLI:NL:HR:2009:BK0857)²⁶ heeft de Hoge Raad een nieuwe uitzondering aanvaard, voor een geval waarin de rechter in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie had verleend. De Hoge Raad overwoog:

“3.4.1 Door het hoger beroep tegen een eindspraak, (...), wordt in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter overgebracht ter beslissing door deze. Deze regel brengt mee dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een gedeelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft gegeven.

Onverkorte toepassing van deze regel brengt weliswaar mee dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijke instantie zal worden berecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, dient voormelde regel steeds toepassing te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appelrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt, waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij op grond van het bepaalde in art. 1022 lid 2 Rv., hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil (vgl. HR 16 april 1993, nr.14937, *LJN* ZC0926, *NJ* 1993, 654 en HR 7 mei 1993, nr. 14973, *LJN* ZC0949, *NJ* 1993, 655).

Daarmee kan op één lijn worden gesteld een geval als het onderhavige, waarin in eerste aanleg ten onrechte ontslag van de instantie is verleend en waarin dus de rechter eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen.”²⁷

2.23 De nietigheid van een vonnis op grond van art. 5 lid 2 RO (onvolledige samenstelling van de rechtbank) kan met deze gevallen niet op een lijn worden gesteld. Hier is de rechter in eerste aanleg juist wél toegekomen aan een inhoudelijke behandeling van de zaak. Indien de rechter in eerste aan-

25 HR 16 april 1993, *NJ* 1993/654 en HR 7 mei 1993, *NJ* 1993/655 m.nt. H.E. Ras. Zie thans artikel 76 Rv.

26 *NJ* 2010/581 m.nt. H.J. Sniijders, *JBPr* 2014/26 m.nt. D. Roffel.

27 Zie hierover ook: H.E. Ras, bew. A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (2017), nrs. 65-70. Zie ook *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/143, Sniijders/Wendels, Civiel appel (2009), nrs. 259 en 263. De Hoge Raad heeft na 2009 vastgehouden aan een strikte toepassing van de in alinea 2.18 aangehaalde maatstaf: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, *NJ* 2015/68 m.nt. H.J. Sniijders; HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:96; HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3395.

23 Rov. 3.4 van de *Meavita*-beschikkingen van de Hoge Raad; zie in dezelfde zin rov. 3.4 van HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2561.

24 HR 28 november 1946, *NJ* 1947/50 m.nt. D.J. Veegens.

leg een inhoudelijke beslissing op de vordering of het verzoek heeft gegeven, is een (fundamenteel) gebrekkige behandeling in eerste aanleg geen grond voor terugwijzing van de zaak door de appelrechter. Deze regel volgt uit HR 1 februari 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AD7378, *NJ* 2003/655 m.nt. W.D.H. Asser). De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met de constatering dat zich geen uitzondering voordeed op het terugwijzingsverbod als bedoeld in HR 7 mei 1993, *NJ* 1993/655.²⁸ In de vakliteratuur is betoogd dat als het hof concludeert dat in de eerste aanleg het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden, het hof daarmee rekening moet houden bij de behandeling van de zaak in hoger beroep en zich mede als een eerste aanleg-rechter moet gedragen, ter compensatie van het gemis van de eerste instantie.²⁹

2.24 Een vernietiging van het eindvonnis op de in art. 5 lid 2 RO genoemde grond heeft tot gevolg dat het geschil in volle omvang opnieuw moet worden beoordeeld door het hof. Het voorgaande leidt ertoe dat alleen mogelijkheid (iv), in alinea 2.20 genoemd, juist is.

Overige vraagpunten

2.25 Nu de derde prejudiciële vraag ontkennend is beantwoord, kom ik niet toe aan de vierde vraag. Ten overvloede merk ik over de vierde prejudiciële vraag het volgende op. De wet kent voor zaken als deze geen regeling voor verwijzing door de appelrechter naar een andere rechtbank dan die, welke het bestreden vonnis heeft gewezen.³⁰ Een verwijzing naar 'dezelfde rechter' houdt in: een verwijzing naar het college dat de zaak eerder had behandeld, niet naar dezelfde individuele rechters.³¹ Het EHRM heeft een schending van de door art. 6 lid 1 EVRM vereiste objectieve rechterlijke onpartijdigheid aangenomen in een geval waarin dezelfde persoon als rechter in twee opeenvolgende procedures tussen

dezelfde partijen over dezelfde feiten oordeelt.³² In dit geval hebben de rechters die het beroepen vonnis mede gewezen hebben, al een inhoudelijk oordeel over de vordering gegeven. Gelet op deze rechtspraak, is het niet verenigbaar met art. 6 EVRM dat, bij eventuele terugwijzing naar de rechtbank, rechters die dit vonnis hebben gewezen de zaak opnieuw beoordelen.

2.26 Met betrekking tot de prejudiciële vraag 5 zie ik, om dezelfde reden als hiervoor genoemd, geen mogelijkheid tot doorverwijzing van de zaak door het hof naar een andere rechtbank. Met betrekking tot de prejudiciële vraag 6, is hiervoor uiteengezet dat het hof het geschil in volle omvang opnieuw moet beoordelen. Daarbij verdient in de eerste plaats aantekening dat het om de vernietiging van een *eindvonnis* kan gaan; zo ook in dit geval. Eventuele tussenbeslissingen van de eerste rechter waartegen niet of vergeefs hoger beroep is ingesteld, blijven in stand. Wat betreft de bepaling van de omvang van het geschil waarover het hof heeft te oordelen, dient het hof te starten bij de omvang op het tijdstip direct voorafgaand aan het vernietigde eindvonnis. Wel houdt het hof rekening met eventuele wijzigingen in de omvang van het geschil tijdens de procedure in hoger beroep (bijv. een eisvermindering of het in hoger beroep prijsgeven van een vordering of verweer). Het dictum in appel moet de vernietiging van het vonnis van de eerste rechter inhouden, omdat – anders dan bijvoorbeeld het passeren van een bewijsaanbod of de niet naleving van hoor en wederhoor – een onvolledige samenstelling van het college in eerste aanleg niet een gebrek is dat het gerechtshof zelf zal kunnen herstellen.³³

2.27 Samengevat kom ik tot de navolgende beantwoording:

- *Vraag 1: geldt een vonnis van een meervoudige kamer als 'gewezen' op het moment dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in concept gereed is, ook indien nadien op ondergeschikte punten nog wijzigingen hebben plaatsgevonden?*

28 Zie ook H.E. Ras, bew. A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (2017), nr. 71; Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/143; "Uit het vorenstaande volgt dat een gegronde klacht over een gebrek in de wijze van behandelen in eerste instantie, bijvoorbeeld een gestelde partijdigheid van de rechter of schending van hoor en wederhoor, ertoe leidt dat het hof zelf dient te onderzoeken of de oorspronkelijke vordering voor toewijzing vatbaar is." Zij verwijzen in een voetnoot naar HR 1 december 1995, *NJ* 1996/179, HR 19 januari 1996, *NJ* 1997/274 m.nt. F.C.B. van Wijmen en HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0367, *NJ* 2005/104 m.nt. W.D.H. Asser.

29 Zie de noot van Heemskerck (slot) bij HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/215, de noot van Asser (onder 2) bij HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0367, *NJ* 2005/104.

30 Voor de vernietiging in hoger beroep van een vonnis waarbij de rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard wegens het ontbreken van rechtsmacht of een arbitrageovereenkomst bepaalt artikel 76 Rv dat het hof de zaak naar deze rechtbank terugverwijst.

31 Aldus B. Winters, De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken (1992), blz. 28, onder verwijzing naar HR 17 november 1868, Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, Burgerlijk Regt (enz.), J. van den Honert THz. (e.a.) deel 33, n[*c*] 1109, blz. 108-122.

32 Zie EHRM 1 februari 2005, no. 46845/99 (*Indra t. Slowakije*), punt 53. Zie ook EHRM 5 juni 2014, no. 50996/08 (*Nova Gorica t. Slovenië*), punt 40, alsmede Case law guide on article 6 ECHR (civil limb), echr.coe.int, blz. 39-41; SDU-Commentaar EVRM artikel 6, aant. C.8.3.4 (P. van den Eijnden); Asser *Procesrecht/Giessen* 1 2015/241 en de aldaar genoemde wrakingsbeslissing van het hof Amsterdam van 16 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4264.

33 Vgl. de recente beslissingen van het Gerechtshof Amsterdam waarbij het beroep op de nietigheid van een beslissing van de Kamer voor het notariaat wegens onbevoegdheid van een lid daarvan is gehonoreerd, maar het hof de zaak vervolgens zelf heeft afgedaan "nu het hoger beroep (ook) ertoe strekt om onregelmatigheden in de eerste aanleg te herstellen en het hof in hoger beroep de zaak op de voet van art. 107 lid 4 Wna opnieuw in volle omvang behandelt"; Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1928, *RN* 2017/76; Hof Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3586; Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4411. De eerstgenoemde beslissing is besproken in rov. 2.6 van het tussensarrest van 10 oktober 2017 waarin de onderhavige prejudiciële vragen zijn gesteld.

Neen. Een vonnis van een meervoudige kamer is gewezen op het tijdstip waarop de volledige tekst door alle leden van deze kamer is vastgesteld. Vaststelling van de tekst kan niet geschieden door een lid van de kamer na zijn of haar defungeren als lid van het desbetreffende gerecht. Voor gevallen waarin een lid van de meervoudige kamer na het wijzen van het vonnis, maar vóór de uitspraak daarvan, is gedefungeerd, geef ik de mogelijkheid tot herstel van kennelijke fouten door overeenkomstige toepassing van art. 31 Rv in overweging.

- *Vraag 2: Is een vonnis in burgerlijke zaken nietig op grond van art. 5 lid 2 RO indien dit in een meervoudige kamer is gewezen door drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, van wie een of meer niet zijn aan te merken als rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast bedoeld in art. 40 lid 1 RO?*

Deze vraag is door mij bevestigend beantwoord.

- *Vraag 3: indien het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, dient de zaak dan te worden teruggewezen naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt?*

Deze vraag is door mij ontkennend beantwoord.

- *Vraag 4: indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, kan de zaak na terugverwijzing worden beoordeeld door een combinatie die mede bestaat uit rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast die eerder aan het nietige vonnis hebben meegewerkt?*

Aan beantwoording van deze vraag kom ik ik niet toe, door een ontkennend antwoord op vraag 3.

- *Vraag 5: indien het antwoord op vraag 3 ontkennend luidt, dient de zaak dan te worden verwezen naar een andere rechtbank binnen het hofsort Amsterdam?*

Deze vraag is door mij ontkennend beantwoord.

- *Vraag 6: indien het antwoord op vraag 5 ontkennend luidt, wat zijn de consequenties van de nietigheid van het vonnis voor de verdere afhandeling en beoordeling in hoger beroep?*

Een in hoger beroep uitgesproken nietigverklaring van een vonnis op grond van art. 5 lid 2 RO heeft tot gevolg dat het hof na vernietiging van het vonnis de zaak volledig opnieuw beoordeelt. Dit impliceert dat het hof zich niet beperkt tot een behandeling van de overige grieven.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als vermeld onder 2.27.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- de vonnissen in de zaak C/13/534453/HA ZA 13-97 van de rechtbank Amsterdam van 10 juli 2013, 30 oktober 2013, en 19 februari 2014;
- het vonnis in de gevoegde zaken C/13/534453/HA ZA 13-97 en C/13/538536/HA ZA 13-319 van de rechtbank Amsterdam van 30 september 2015;
- de arresten in de gevoegde zaken 200.186.069/01, 200.186.100/01 en 200.186.113/01

van het gerechtshof Amsterdam van 9 mei 2017 en 10 oktober 2017.

De arresten van het hof zijn aan deze beslissing gehecht.

2 De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd arrest heeft het hof op de voet van art. 392 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

“1. Geldt een vonnis van een meervoudige kamer als ‘gewezen’ op het moment dat de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen in concept gereed is, ook indien nadien op ondergeschikte punten nog wijzigingen hebben plaatsgevonden?

2. Is een vonnis in burgerlijke zaken nietig op grond van artikel 5 lid 2 Wet RO indien dit in een meervoudige kamer is gewezen door drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, van wie een of meer niet zijn aan te merken als rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast bedoeld in artikel 40 lid 1 Wet RO?

3. Indien het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, dient de zaak dan te worden teruggewezen naar de rechtbank waar de zaak vandaan komt?

4. Indien het antwoord op vraag 3 bevestigend luidt, kan de zaak na terugwijzing worden beoordeeld door een combinatie die mede bestaat uit rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast die eerder aan het nietige vonnis hebben meegewerkt?

5. Indien het antwoord op vraag 3 ontkennend luidt, dient de zaak dan te worden verwezen naar een andere rechtbank binnen het hofsort Amsterdam?

6. Indien het antwoord op vraag 5 ontkennend luidt, wat zijn de consequenties van de nietigheid van het vonnis voor de verdere behandeling en beoordeling in hoger beroep?”

[A], [B] en Cadenza enerzijds en Fairstar en Dockwise anderzijds hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als vermeld onder 2.27 van de conclusie.

De advocaat van Fairstar en Dockwise heeft bij brief van 28 februari 2018 op die conclusie gereageerd.

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

- De rechtbank Amsterdam heeft twee zaken gevoegd behandeld, waarin Fairstar, respectievelijk Dockwise als eisers vorderingen hebben ingesteld jegens (een aantal van) de overige partijen in deze procedure. Nadat twee tussenvonnissen (in incidenten) waren gewezen, heeft op 9 februari 2015 een pleitzitting plaatsgevonden ten overstaan van mr. A.W.H. Vink, mr. A.E. de Vos en mr. R.A. Dudok van Heel.

(ii) Op 30 juni 2015 is mr. Vink gedefungeerd als senior rechter in de rechtbank Amsterdam, omdat hij met ingang van 1 juli 2015 is benoemd tot raadshoofd in het gerechtshof Amsterdam.

(iii) Op 30 september 2015 heeft de rechtbank een eindvonnis uitgesproken. Aan de voet van dat vonnis is vermeld:

“Dit vonnis is gewezen door mr. A.W.H. Vink, mr. A.E. de Vos en mr. R.A. Dudok van Heel en in het openbaar uitgesproken door de rolrechter op 30 september 2015.”

(iv) Bij faxbrief van 18 mei 2016 heeft de griffier van de rechtbank Amsterdam aan de raadsman van [A] c.s. geschreven, voor zover hier van belang:

“Het is juist dat mr. A.W.H. Vink per 1 juli 2015 raadshoofd is geworden in het Gerechtshof te Amsterdam. Voor zijn vertrek heeft mr Vink met mr Dudok van Heel en mr De Vos in raadkamer beraadslaagd over alle vorderingen in beide bovengenoemde zaken, zowel in conventie als in reconventie, en heeft daarop mede beslist. Dit betekent dat het vonnis inhoudelijk voor 1 juli 2015 is gewezen door de drie onder het vonnis vermelde rechters. Ook de schriftelijke weergave van de genomen beslissingen was in concept gereed voor 1 juli 2015. Na die datum hebben slechts op ondergeschikte punten nog wijzigingen plaatsgevonden, die niet tot enige andere beslissing op welk punt dan ook hebben geleid.”

3.2 (i) [A], [B] en Cadenza, (ii) [A] en [B], en (iii) de Erven [C] en [D], hebben afzonderlijk hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van de rechtbank. In elk van de drie beroepen is als “preliminaire” grief aangevoerd dat het eindvonnis van de rechtbank nietig is omdat het is gewezen door slechts twee rechters, nu mr. Vink ten tijde van dat vonnis geen rechter in de rechtbank meer was. Het hof heeft, na partijen bij tussenarrest in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, de hiervoor in 2 vermelde prejudiciële vragen gesteld.

De tweede prejudiciële vraag: gevolgen van defungeren

3.3.1 De Hoge Raad zal eerst de tweede prejudiciële vraag behandelen. Daarin wordt aan de orde gesteld of een vonnis in burgerlijke zaken nietig is op grond van art. 5 lid 2 RO indien dit meervoudig is gewezen door drie rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, van wie een of meer niet is, respectievelijk zijn aan te merken als rechterlijke ambtenaar met rechtspraak belast bedoeld in art. 40 lid 1 RO.

3.3.2 Art. 5 lid 2 RO bepaalt dat de beschikkingen, vonnissen en arresten in (onder meer) burgerlijke zaken op straffe van nietigheid worden gewezen met het in deze wet bepaalde aantal rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast.

3.3.3 Rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, werkzaam bij de rechtbanken, zijn senior rechters A, senior rechters, rechters en rechter-plaatsvervangers (art. 40 lid 1 RO). Rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, werkzaam bij

de gerechtshoven, zijn senior raadsheren, raadsheren en raadsheren-plaatsvervangers (art. 58 lid 1 RO). Een raadshoofd of senior raadshoofd in een gerechtshof is niet tevens van rechtswege rechter of rechter-plaatsvervanger in een rechtbank. Dat brengt mee dat een rechterlijk ambtenaar die werkzaam is bij een rechtbank, vanaf de datum met ingang waarvan hij of zij tot raadshoofd of senior raadshoofd in een gerechtshof is benoemd, niet meer bevoegd is om als rechter in een rechtbank op te treden, tenzij hij of zij tevens tot rechter-plaatsvervanger is benoemd.

3.3.4 Uit art. 5 lid 2 RO volgt dat een beschikking, vonnis of arrest kan worden uitgesproken nadat een rechter die de zaak heeft behandeld is gedefungeerd, mits die beschikking, dat vonnis of dat arrest voordien is gewezen (vastgesteld). Uit een oogpunt van controleerbaarheid verdient het aanbeveling in zodanig geval onderaan de uitspraak te vermelden op welke datum de beschikking, het vonnis of het arrest is gewezen of vastgesteld (zoals bijvoorbeeld is gebeurd in het dictum van HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2461, NJ 2015/354).

3.3.5 Een beschikking, vonnis of arrest uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd voordat de beschikking, het vonnis of het arrest was gewezen, is ingevolge art. 5 lid 2 RO nietig (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202 en ECLI:NL:HR:2016:2614 (hierna tezamen: de zaak *Meavita*); HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2561). Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag luidt dus bevestigend.

De eerste prejudiciële vraag: wanneer is een vonnis gewezen?

3.4.1 De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde of, in geval van meervoudige behandeling, een vonnis geldt als gewezen indien de schriftelijke weergave daarvan gereed is voordat een van de rechters van de meervoudige kamer defungeert, maar daarna, alvorens het vonnis wordt uitgesproken, in de tekst nog wijzigingen van ondergeschikte aard worden aangebracht (zoals in dit geval is gebeurd).

3.4.2 In de zaak *Meavita* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beschikking wordt gewezen wanneer alle rechters die over de zaak oordelen de volledige tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld (rov. 3.3.2 en 3.3.3). De ratio van deze regel is dat de behandelend rechter en, in meervoudig besliste zaken, ieder van de behandelend rechters, niet alleen verantwoordelijk is voor de genomen beslissing(en), maar ook voor het geheel van de daarvoor gegeven motivering (vgl. voor dagvaardingsprocedures art. 230 lid 1, aanhef en onder e en f, Rv, welke bepaling ingevolge art. 287 lid 1 Rv ook van toepassing is in verzoekschriftprocedures). Gelet op deze ratio geldt de regel voor alle civiele procedures in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie. Hoewel – gelet op de formulering van de vragen – hierna wordt gesproken over een (meervoudig gewezen) vonnis, gelden de desbetreffende

overwegingen dus ook voor beschikkingen en arresten, en enkelvoudig behandelde zaken.

3.4.3 Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen, kan een vonnis in beginsel niet worden uitgesproken op naam van een rechter die is gedefungeerd, indien na dit defungeren nog wijzigingen worden aangebracht in de tekst van dat vonnis. Dat geldt in beginsel ook indien het gaat om wijzigingen van ondergeschikte aard, die geen inhoudelijke wijziging meebrengen van de motivering van de beslissing(en).

Een uitzondering kan worden aanvaard voor kennelijke fouten die zich lenen voor eenvoudig herstel als bedoeld in art. 31 Rv (vgl. ook de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2.13 kort weergegeven inhoud van Rule 81 van de Rules of Court van het EHRM). Wel dient, uit een oogpunt van controleerbaarheid, in zodanig geval aan de voet van het vonnis te worden vermeld dat, nadat de tekst van het vonnis was vastgesteld (mede) door de nadien gedefungeerde rechter, en voordat het vonnis is uitgesproken, een of meer kennelijke fouten zijn hersteld, welke fout(en) het betreft, en welke rechters tot die verbetering hebben besloten. Nu de verbetering tegelijk met het vonnis wordt uitgesproken, is voor overeenkomstige toepassing van de eis van hoor en wederhoor van partijen (zie art. 31 lid 1 Rv) in zodanig geval geen plaats. Ook voor overeenkomstige toepassing van de regel die geldt bij rechterswisselingen (HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181 en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662) is geen plaats, nu – zo er voorafgaand aan de uitspraak een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden – het bedoelde herstel niet een rechterlijke beslissing behelst waarop het verhandelde ter zitting van invloed kan zijn.

3.4.4 Uit het voorgaande volgt dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord, behoudens voor zover sprake is van eenvoudig herstel van een of meer kennelijke fouten als bedoeld in art. 31 Rv nadat de rechter is gedefungeerd en voordat de uitspraak is gedaan.

De prejudiciële vragen drie tot en met zes: gevolgen van vernietiging

3.5.1 Deze vragen stellen in de eerste plaats aan de orde of het hof, nadat het de nietigheid van het eindvonnis van de rechtbank heeft uitgesproken, de zaak dient terug te wijzen naar de rechtbank, dan wel zelf dient af te doen.

3.5.2 Volgens vaste rechtspraak is uitgangspunt dat de appelrechter na vernietiging van een eindvonnis de zaak niet mag terugwijzen naar de rechter in eerste aanleg.

Aan die rechtspraak heeft de Hoge Raad ten grondslag gelegd dat door het hoger beroep tegen een einduitspraak in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter wordt overgebracht ter beslissing door deze en dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een ge-

deelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft gegeven. De appelrechter mag de zaak wel terugwijzen indien de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen, hetgeen aan de orde is wanneer de rechter in eerste aanleg zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen of ten onrechte ontslag van de instantie heeft verleend. (Zie bijv. HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857, NJ 2010/581 en HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, NJ 2015/68.)

3.5.3 In een geval als het onderhavige, waarin de appelrechter heeft vastgesteld dat het eindvonnis vernietigd moet worden omdat het (mede) is gewezen door een daartoe niet meer bevoegde rechter, is er – achteraf bezien – in eerste aanleg geen rechtsgeldig eindoordeel gegeven. Dat brengt mee dat de zaak in zoverre opnieuw moet worden behandeld (vgl. de zaak *Meavita*, rov. 3.4). In dat geval kan niet worden gezegd dat de appelrechter zich aan zijn taak zou onttrekken door (een gedeelte van) zijn beslissing over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak al heeft gegeven. De rechter in eerste aanleg dient in zoverre zijn taak (het wijzen van een eindvonnis) nog te voltooien. Zodanig geval dient op één lijn te worden gesteld met de eerder aanvaarde uitzonderingsgevallen waarin de rechter in eerste aanleg niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak is toegekomen.

3.5.4 De wet biedt de appelrechter niet de mogelijkheid een zaak, in geval van vernietiging van het beroepen vonnis, te verwijzen naar een andere rechtbank dan de rechtbank die het vonnis heeft gewezen. De zaak zal dus naar die rechtbank moeten worden teruggewezen. De derde prejudiciële vraag is daarmee bevestigend beantwoord.

3.5.5 De vierde prejudiciële vraag stelt aan de orde of in een geval als het onderhavige de zaak na terugwijzing kan worden beoordeeld door een combinatie die mede bestaat uit rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast die eerder aan het vernietigde vonnis hebben meegewerkt. Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. In een geval als het onderhavige kan bij een partij objectief gerechtvaardigde twijfel ontstaan over de vraag of een rechter die eerder over de feiten en geschilpunten heeft geoordeeld, in staat zal zijn diezelfde feiten en geschilpunten nogmaals onbevangen te beoordelen. Het recht op beoordeling door een onpartijdige rechter, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM, brengt dan mee dat de zaak na terugwijzing niet dient te worden beoordeeld door dezelfde rechters als die welke aan het nietig geoordeelde eindvonnis hebben meegewerkt (vgl. EHRM 1 februari 2005, nr. 46845/99 (*Indra/Slowakije*), punt 53-55; zie ook EHRM 5 juni 2014, nr. 50996/08 (*Nova Gorica/Slovenië*), punt 40-41).

Indien voorafgaand aan het vernietigde eindvonnis een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, is de hiervoor in 3.4.3 vermelde rechtspraak

met betrekking tot een rechterswisseling van toepassing.

3.5.6 Het voorgaande brengt mee dat de vijfde en zesde prejudiciële vraag geen beantwoording behoeven.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de wijze als hiervoor in 3.3.5, 3.4.4, 3.5.4 en 3.5.5 vermeld;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van [A], [B] en Cadanza en op € 1.800 aan de zijde van Fairstar en Dockwise.

Noot

1. Kan een vonnis worden gewijzigd als een van de behandelde rechters is gedefungeerd nadat het vonnis is gewezen, maar nog niet is uitgesproken? Wat is rechtens als een gerechtshof een vonnis van de rechtbank vernietigt in verband met bedoeld defungeren? Dat is de kern van de vragen die in deze prejudiciële procedure aan de Hoge Raad zijn voorgelegd. Het antwoord van de Hoge Raad bouwt voor een deel voort op zijn beslissing in de *Meavita*-beschikking van 18 november 2016 (NJ 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde). De Hoge Raad geeft college en zet, bijna als wetgever, de spelregels uiteen.

2. In de civiele zaak die aanleiding gaf tot deze prejudiciële beslissing werden twee tussenvonnissen gewezen en vond een pleitzitting plaats. De Hoge Raad gaat uit van feiten die samengevat op het volgende neerkomen. Enkele maanden na die pleitzitting, maar voordat het eindvonnis wordt uitgesproken, defungeert één van de rechters van de rechtbank omdat hij is benoemd tot raadsheer in een gerechtshof. Voor zijn vertrek heeft die rechter met zijn twee collega's in raadkamer over de zaak beraadslaagd. Ten tijde van zijn vertrek is het concept van de beslissing gereed. Na zijn defungeren wordt het concept op ondergeschikte punten gewijzigd. Enkele maanden na het vertrek van de rechter wordt het eindvonnis uitgesproken, mede op naam van de inmiddels gedefungeerde rechter. In appel wendt het Hof zich tot de Hoge Raad met zes prejudiciële vragen.

Defungeren en bevoegdheid

3. Is een vonnis nietig als dit is gewezen door drie rechters, van wie er een niet meer bevoegd is? De vraag geldt evenzeer voor beschikkingen en arresten.

4. Voor de rechtbanken worden de bevoegde rechters omschreven in art. 40 lid 1 RO (senior rechters A, senior rechters, rechters en rechters-plaatsvervangers). Een raadsheer in een hof valt daar niet onder. Als een rechter defungeert omdat hij (of zij) benoemd is tot raadsheer, is hij vanaf het moment van defungeren dus niet meer bevoegd om als rechter in de rechtbank op te treden. Een raadsheer in

een hof kan wel tevens rechter-plaatsvervanger in een rechtbank zijn. Raadsheren zijn, zoals de Hoge Raad overweegt (onder 3.3.3), niet tevens van rechtswege rechter-plaatsvervanger bij een rechtbank. De bevoegdheid om als rechter in een rechtbank op te treden bestaat dan ook slechts nog als de raadsheer ook tot rechter-plaatsvervanger is benoemd. Aldus is het stelsel helder.

5. Het gevolg van defungeren als rechter is dat die rechter niet meer bevoegd is om vonnis te wijzen. Een vonnis dat mede is gewezen op naam van een rechter die al is gedefungeerd is nietig, zo volgt uit art. 5 lid 2 RO. Nadat een rechter werkzaam bij een rechtbank is gedefungeerd geldt hij niet meer als rechter in de zin van art. 40 lid 1 RO. In verband met een raadsheer bij een gerechtshof heeft de Hoge Raad niet lang geleden in dezelfde zin overwogen in de genoemde *Meavita*-beschikking (r.o. 3.3.2). In de *Meavita*-beschikking ging het om defungeren wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Bovenstaande beslissing betreft defungeren van een rechter in een rechtbank wegens benoeming in een gerechtshof. Voor de uitkomst van deze zaken maakt dat geen verschil.

6. De regel van art. 5 lid 2 RO impliceert dat er serieus op zal moeten worden toegezien dat een vonnis niet mede wordt gewezen door een rechter die nadien defungeert. Daarbij zijn twee momenten van belang: het moment van defungeren en het moment van wijzen van het vonnis. Het moment van defungeren staat in de regel tevoren vast en zal geen verrassing zijn. Het zal dus aankomen op het moment waarop het vonnis wordt gewezen.

7. Een vonnis wordt gewezen wanneer alle rechters die over de zaak oordelen de tekst van het vonnis hebben vastgesteld. Dat besliste de Hoge Raad al in de *Meavita*-zaak (r.o. 3.3.2). In mijn noot onder die beschikking ging ik in op het moment van wijzen en signaleerde ik (onder 11) een aantal vragen die het criterium oproept.

8. De Hoge Raad benoemt thans ook de ratio van de regel: ieder van de behandelende rechters is niet alleen verantwoordelijk voor de genomen beslissingen, maar ook voor het geheel van de daarvoor gegeven motivering (r.o. 3.4.2). Thans overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden eveneens dat deze regel niet alleen voor beschikkingen geldt: het betreft alle procedures in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie (r.o. 3.4.2 in fine). Dat ligt ook voor de hand. Niet valt in te zien waarom op dit punt onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen beschikkingen, vonnissen en arresten.

9. De Hoge Raad hecht groot belang aan de regel. Een vonnis kan niet worden uitgesproken op naam van een gedefungeerde rechter indien na dat defungeren nog wijzigingen in de tekst van dat vonnis worden aangebracht (r.o. 3.4.3). Ook wijzigingen van ondergeschikte aard die geen inhoudelijke wijziging van de motivering van de beslissing meebrengen kunnen dan in beginsel niet meer worden aangebracht. Met een blik op de in de vorige alinea genoemde ratio zou men in theorie ook kunnen

aannemen dat dergelijke marginale wijzigingen in beginsel wel mogelijk zijn. Dat is echter niet het uitgangspunt van de Hoge Raad (r.o. 3.4.3). De optelsom van een en ander impliceert dat erop zal moeten worden toegezien dat in een vonnis geen wijzigingen meer worden aangebracht na het defungeren van een rechter.

Wijzigen na defungeren?

10. Zonder uitzondering is deze regel niet. Criterium voor die uitzonderingen wordt niet gevormd door de vraag of de wijzigingen ondergeschikt en niet inhoudelijk van aard zijn. Indien na het defungeren van een rechter wijzigingen in het vonnis zijn aangebracht kan het vonnis nog wel op naam van die rechter worden uitgesproken indien die wijzigingen zijn aan te merken als verbeteringen van kennelijke fouten in de zin van art. 31 Rv. Plv. P-G Langemeijer wijst in zijn conclusie (onder 2.14) in dit verband op art. 31 Rv. Ook de Hoge Raad legt de verbinding tussen onderhavige situatie en de regeling van die bepaling. Dat impliceert dat gedachtevorming over de vraag welke fouten zich voor verbetering als bedoeld in die bepaling lenen ook relevant is voor de vraag of na het defungeren van een rechter nog wijzigingen in het vonnis kunnen worden aangebracht. Het moet dus gaan om een kennelijke schrijffout, rekenfout of andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent. In de memorie van toelichting bij art. 31 Rv valt te lezen dat het niet exact mogelijk is om aan te geven wanneer sprake is van een fout die zich voor eenvoudig herstel leent, en dat het criterium is of het voor partijen en derden direct duidelijk moet zijn dat het een vergissing betreft (Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 175). De fout moet niet voor redelijke twijfel vatbaar en voor derden op het eerste oog duidelijk zijn (Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 176). De praktijk heeft laten zien dat er nogal wat debat mogelijk is over de (nasleep van de) vraag of aan bedoelde voorwaarde voor toepassing van art. 31 Rv is voldaan (zie o.m. HR 24 april 1994, NJ 1994/497 (*Bodair/Meijboom*), HR 22 oktober 1999, NJ 1999/799 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), HR 17 december 1999, NJ 2000/171 (*Stichting Thuiszorg/Plum-de Groot*), HR 13 februari 2004, NJ 2004/461 (*Regiopolitie Gelderland/Hovax*), m.nt. J.B.M. Vranken, HR 13 februari 2004, NJ 2004/459 (*ABN AMRO/Zanders*), m.nt. J.B.M. Vranken, HR 24 april 2009, NJ 2009/206 (*Spoorenberg/Beursgebouw*), HR 13 april 2012, NJ 2013/202 (*Osei/Varde*) en HR 4 december 2015, RvdW 2016/40). Te hopen valt dat bij defungerende rechters debat op dit punt niet rap nodig zal zijn, dan wel omdat men tijdig anticipeert op het vertrek van een rechter, dan wel omdat men de uitzondering alleen aanneemt indien glashelder is dat aan de voorwaarden is voldaan.

11. Bij de beantwoording van de vraag of het fouten betreft die zich lenen voor eenvoudig herstel kan de rechtspraak die daarover in het kader van art. 31 Rv is gewezen worden betrokken, zo volgt uit de verwijzing naar die bepaling door de Hoge Raad.

12. Indien wijzigingen plaatsvinden of worden overwogen kan de vraag rijzen welke rechters daartoe besluiten. Bovenstaande uitspraak maakt het niet duidelijk. Drie opties laten zich mijns inziens denken: de drie rechters die oorspronkelijk de zaak behandelden, de twee overgebleven rechters, of de twee overgebleven rechters en een ingevlogen vervanger. De eerste variant ligt niet voor de hand omdat de gedeefundeerde rechter immers niet meer bevoegd is. Met twee rechters beslissen is niet aan de orde (zie art. 15 en 16 Rv). Aldus zal het mijns inziens aankomen op de derde optie: er moet een derde rechter bijkomen.

13. Indien na het defungeren een verbetering van het vonnis plaatsvindt hoeven partijen niet de kans te krijgen zich daarvoor uit te laten. Met een blik op art. 31 Rv (dat in het slot van lid 1 voorschrijft dat partijen de kans moeten krijgen zich over het verzoek tot verbetering uit te laten) is dat op het eerste oog merkwaardig. Het is echter goed te begrijpen dat hoor en wederhoor hier achterwege kunnen blijven. De verbetering wordt tegelijk met het vonnis uitgesproken, zoals de Hoge Raad thans ook overweegt (r.o. 3.4.3). Indien partijen zich over het voornemen tot wijziging van een nog niet uitgesproken vonnis mogen uitlaten creëert dat ook de kans dat een partij het debat deels wil heropenen.

14. Over de vervanging van een of meer rechter(s) heeft de Hoge Raad eerder geoordeeld. Indien tussen de mondelinge behandeling en de daaropvolgende uitspraak vervanging van een of meer rechters noodzakelijk blijkt, moet het gerecht dit aan partijen meedelen. Partijen hebben dan de gelegenheid een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen (HR 31 oktober 2014, NJ 2015/181, m.nt. W.D.H. Asser; en verduidelijkt in HR 15 april 2016, RvdW 2016/831). Van Rijssen merkt in zijn noot onder bovenstaande beslissing op dat hij zich kan voorstellen dat dat een remmende invloed heeft op de bereidheid van rechters om na het defungeren nog wijzigingen in het vonnis aan te brengen (*JBPr* 2018/46). Die regel is in geval van herstel van eenvoudige fouten in verband met defungeren in elk geval niet van toepassing (zo volgt uit r.o. 3.4.3).

15. In navolging van plv. P-G Langemeijer noemt de Hoge Raad bij het aannemen van de uitzondering voor kennelijke fouten Rule 81 van de Rules of Court van het EHRM. Van een directe toepassing van die regel is hier geen sprake; de Hoge Raad hanteert ook de terminologie 'vgl'. Het noemen van die bepaling is interessant omdat het laat zien dat de Hoge Raad oog heeft voor regels over beslissingen van het EHRM, ook als die Straatsburgse regels niet direct van toepassing zijn op casus als aan de orde in de prejudiciële vraag. In de versie van die Rules van augustus 2018 (dus van na bovenstaande uitspraak) is de desbetreffende zinsnede overigens niet gewijzigd. Overigens zou in verband met (een deel van) de problematiek die hierboven aan de orde is ook aan art. 47 EU-Handvest, en dus

wellicht ook rechtspraak van het Luxemburgse Hof, gedacht kunnen worden.

16. Bovenstaande beslissing maakt ook duidelijk dat het nodig kan zijn dat een vonnis dat na defungeren wordt uitgesproken op twee punten extra gegevens vermeldt. Ten eerste verdient het uit een oogpunt van controleerbaarheid aanbeveling te vermelden op welke datum dat vonnis is geweest (r.o. 3.3.4). Die aanbeveling geldt alleen voor het geval het vonnis is geweest of vastgesteld voorafgaande aan het defungeren, maar pas na dat defungeren is uitgesproken. Bij die aanbeveling sluit ik me van harte aan. Zij veronderstelt vanzelfsprekend echter wel dat ook vaststaat op welke datum dat vonnis is geweest. Daarover moet geen ruis heersen. In zijn arrest van 4 september 2015, *NJ 2015/354*, geeft de Hoge Raad bijvoorbeeld zelf aan wanneer het arrest is vastgesteld (15 juni 2015) en wanneer het is uitgesproken (4 september 2015). Zie voor meer voorbeelden van zaken waarin de Hoge Raad zelf onderscheid maakt tussen de datum van wijzen en de datum van uitspreken mijn noot onder de *Meavita*-beschikking, onder 5.

17. Indien een vonnis na het defungeren van een rechter is gewijzigd, moet bovendien worden vermeld welke kennelijke fouten in de zin van art. 31 Rv het betreft en welke rechters tot het herstel hebben besloten. Dit betreft geen aanbeveling, maar een verplichting, zo volgt uit rechtsoverweging 3.4.3.

Gevolgen van vernietiging

18. Wat is rechtens indien een gerechtshof een vonnis van de rechtbank vernietigt in verband met een gedefungeerde rechter? Het antwoord van de Hoge Raad (r.o. 3.5.1-3.5.3) impliceert dat de zaak dan wordt teruggewezen naar de rechtbank.

19. De keuze tussen terugwijzen en zelf afdoen is minder eenvoudig dan ze wellicht oogt. Een gerechtshof mag een vernietigd eindvonnis van een rechtbank in beginsel niet terugwijzen. Dat verbod kent geen expliciete wettelijke grondslag, maar berust op vaste rechtspraak (zie o.m. HR 2 februari 2000, *NJ 2000/509*, m.nt. H.J. Snijders). Het verbod hangt samen met de gedachte dat door het hoger beroep tegen een einduitspraak de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter wordt overgebracht (HR 11 december 2009, *NJ 2010/581*, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.4.1). Onverkorte toepassing van dat verbod zou echter meebrengen dat partijen de kans op een behandeling in twee feitelijke instanties missen. Er zijn dan ook uitzonderingen. De Hoge Raad heeft in genoemd arrest van december 2009 (r.o. 3.4.1) een criterium geformuleerd: terugwijzen mag indien de rechtbank op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van het geschil is toegekomen (r.o. 3.4.1).

20. Bij die uitzondering gaat het bijvoorbeeld om de situatie dat de rechtbank zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard, bijvoorbeeld wegens ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter of uit hoofde van het onderwerp van het ge-

schil. Men zie onder meer HR 16 april 1993, *NJ 1993/654*, HR 7 mei 1993, *NJ 1993/655*, m.nt. H.E. Ras en HR 17 januari 2014, *NJ 2015/68*, m.nt. H.J. Snijders. Snijders heeft in zijn noot onder laatstgenoemd arrest opgemerkt dat lagere rechtspraak en doctrine in meerderheid kiezen voor de terugwijzingsoptie. De optie tot terugwijzen is ook aanvaard voor gevallen waarin de rechtbank ten onrechte ontslag van instantie heeft verleend (bijvoorbeeld aan de orde in het genoemde arrest van 11 december 2009).

21. De Hoge Raad stelt het geval dat een vonnis moet worden vernietigd omdat het mede is geweest door een daartoe niet meer bevoegde rechter de facto op één lijn met de eerder aanvaarde uitzonderingsgevallen. Het kan in de onderhavige situatie zeer wel zijn dat de rechter in eerste aanleg aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen, maar dat die behandeling en beoordeling niet zijn afgemaakt in volledige samenstelling. Dat de Hoge Raad dit geval gelijk stelt aan de eerdere uitzonderingsgevallen waarin niet aan een inhoudelijke beoordeling is toegekomen (r.o. 3.5.3.) ligt overigens in de lijn van de *Meavita*-beschikking (i.h.b. r.o. 3.4 daarvan). Ook die zaak moest opnieuw worden beoordeeld.

22. Indien men louter uit efficiëntie-oogpunt naar de kwestie kijkt, is terugwijzen niet de eerste keus. Als de zaak bij het hof zou blijven, zou dit in theorie mogelijk kunnen betekenen dat dat hof er als appelrechter naar kijkt, of de zaak in volle omvang als eerstelijnsrechter behandelt. Vergelijk in dit verband de conclusie van plv. P-G Langemijer onder 2.23 en 2.24. Niet terugwijzen zou betekenen dat er maar in één feitelijke instantie voldoende bevoegde rechters over de zaak oordelen. Dat laatste pleit voor de keuze van de Hoge Raad. De behandeling in twee feitelijke instanties is te waardevol om de zaak niet terug te wijzen.

23. Minder logisch vind ik dat de zaak teruggaat naar de rechtbank die de zaak heeft gewezen. Nu het niet dezelfde rechters mogen zijn die over de zaak oordelen, zoals de Hoge Raad in r.o. 3.5.5 overweegt, zullen collega's binnen dezelfde rechtbank zich over de zaak buigen. Het hoeft lang niet altijd een probleem te zijn als de bevoegde rechters die er eerder naar keken zich opnieuw over de zaak buigen. Dat kan zelfs efficiënt zijn. Toch brengen de vereiste rechterlijke onpartijdigheid en onbevangenheid mijns inziens mee dat dat niet gewenst is.

24. Verwijzing naar een andere rechtbank was mijns inziens logischer geweest. Een wettelijke basis daarvoor ontbreekt thans echter (vide r.o. 3.5.4). Het zou wat mij betreft fraai zijn als die wettelijke optie er wel komt. Vanzelfsprekend valt echter vooral te hopen dat terugwijzen wegens het wijzigen van een vonnis na het defungeren van een rechter niet nodig is.

H.B. Krans