

**HOGER BEROEP  
VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE  
CASSATIEADVOCaat**

Lezing VAAMN  
28 september 2022

Ida Lintel



# DOEL EN OPZET VAN DE CURSUS

Doel: aanreiken *tips & tricks* voor procederen in hoger beroep, vanuit mijn ervaring als cassatieadvocaat

Opzet:

- Deel I: het schriftelijke debat in hoger beroep
- Deel II: het mondelinge debat in hoger beroep
- Deel III: de procedure na cassatie en verwijzing



# I GRIEVENSTELSEL EN TWEECONCLUSIEREGEL

- Wat is een grief en waarom is dat van belang?

# I GRIEVENSTELSEL EN TWEECONCLUSIEREGEL

HR 22 juni 2007, NJ 2007/344 (*Maclaine Pont/Mensportcentrum De Haan*):

## Eerste aanleg

- Maclaine Pont vordert schadevergoeding op grond van wanprestatie
    - De Haan beroept zich op exoneratiebeding in algemene voorwaarden
- Rechtbank: honoreert beroep op exoneratiebeding en wijst de vordering af

## Hoger beroep

- Maclaine Pont beroept zich bij MvG op de vernietiging van het exoneratiebeding
    - De Haan doet bij MvA een beroep op verjaring van de vernietigingsvordering
  - Maclaine Pont bij pleidooi: reeds vóór hb een buitengerechtelijk beroep gedaan op vernietiging van exoneratiebeding
- 
- Tardief of niet?

# I GRIEVENSTELSEL EN TWEECONCLUSIEREGEL

- HR 22 juni 2007, NJ 2007/344 (*Maclaine Pont/Mensportcentrum De Haan*):

“Het in afwijking van, en in aanvulling op, de stellingen in de memorie van grieven bij pleidooi gedane beroep op een buitengerechtelijke vernietiging valt buiten de in de memorie van grieven afgebakende grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep en moet worden beschouwd als een nieuwe grief omdat het aanvoeren van dit nieuwe feit ertoe strekt dat reeds op deze grond het vonnis van de rechtbank zal worden vernietigd. Voor het aanvoeren van nieuwe grieven is, behoudens uitzonderingen die zich in dit geval niet voordoen, na de memorie van grieven geen plaats omdat voor de wederpartij voldoende kenbaar moet zijn waartegen zij zich heeft te verweren.”

# I GRIEVENSTELSEL EN TWEECONCLUSIEREGEL

- Waartegen grieven richten?
- De in beginsel strakke regel van art. 347 lid 1 Rv: voer alle (nieuwe) stellingen direct in het eerste processtuk én werk deze gemotiveerd uit!

Uitzonderingen:

- Aard van de procedure
- Ondubbelzinnige toestemming wederpartij (vb. HR 22 december 2017, *NJ* 2018/31)
- Onverkorte toepassing in strijd met de eisen van de goede procesorde, zoals later voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en nieuwe juridische ontwikkelingen (vb. HR 6 oktober 2017, *JBPR* 2018/5)

# I DEVOLUTIEVE WERKING

- Wat houdt de devolutieve werking van het appel ook al weer in?
- Als appelland: anticipeer op de mogelijkheid dat stellingen van de wederpartij uit de eerste aanleg weer aan bod kunnen komen
- Als verweerder: leun niet teveel op de devolutieve werking

Zie bijvoorbeeld:

“Het hof constateert dat geen grieven zijn gericht tegen de oordelen van de kantonrechter dat als niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist vaststaat dat Hiemstra lijdt aan OPS/CTE, dat Hiemstra gedurende zijn arbeidsleven bij CPS ten minste voor de periode tot 2002 blootgesteld is geweest aan gevaarlijke stoffen in de vorm van (vluchtige) oplosmiddelen en dat blootstelling aan oplosmiddelen kan leiden tot OPS/CTE. Deze oordelen staan in hoger beroep dan ook niet ter discussie.”



# I INCIDENTEEL APPEL

- Wanneer incidenteel appel?





# I INCIDENTEEL APPEL NODIG?

1. Eiser heeft zijn vordering van 150K op twee alternatieve grondslagen gebaseerd: (i) betaling van een gedeelte van een overeengekomen overnamesom; dan wel (ii) betaling van een contractuele boete.
2. Rechtbank heeft de vordering tot een bedrag van 75K toegewezen op de grond dat gedaagde boete verschuldigd is.
3. Gedaagde stelt hoger beroep in. Eiser is tevreden met het toegewezen bedrag van 75K, maar wil wel dat als de grieven van gedaagde slagen, het hof onderzoekt of gedaagde een gedeelte van de overnamesom verschuldigd is.

Incidenteel appel?

HR 22 maart 2019, *JBPR* 2019/43, m.nt. C.S.G. Janssens



# I INCIDENTEEL APPEL NODIG?

1. Eisers stellen een vordering tot betaling van 250K in jegens gedaagde.
2. Gedaagde beroept zich primair op een bindendadviesclausule die tussen partijen van toepassing zou zijn en voert verweer tegen de vordering.
3. Rechtbank verwerpt het beroep van gedaagde op de bindendadviesclausule, beoordeelt de vordering van eisers inhoudelijk en wijst de vordering af.
4. Eisers stellen hoger beroep in. Gedaagde stelt incidenteel hoger beroep in om het beroep op de bindendadviesclausule bij het hof opnieuw beoordeeld te krijgen.

Was incidenteel appel nodig?

HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:425

# I INCIDENTEEL APPEL NODIG?

Advocaten hebben te laat cassatieberoep ingesteld, waardoor onherroepelijk is komen vast te staan dat cliënt wegens bewust roekeloos handelen onbeperkt aansprakelijk is voor de door een derde geleden schade.

1. Cliënt spreekt advocaten aan voor de schade door de beroepsfout.
2. Advocaten betogen dat er geen sprake is van causaal verband tussen hun beroepsfout en de schade, omdat ook als in of na cassatie komt vast te staan dat cliënt niet bewust roekeloos heeft gehandeld, er niettemin sprake was van een onbeperkte aansprakelijkheid van de cliënt.
3. Rb. oordeelt dat er een kans van 60% was op een succesvolle cassatie en vervolgens een kans van 20% op een positieve beslissing van verwijzingsrechter. Rb. wijst vordering voor een bedrag van 60K toe.
4. Cliënt wil een hogere schadevergoeding en stelt hoger beroep in. Advocaten stellen geen incidenteel appel in.

Moet het hof het beroep van de advocaten op het gebrek aan causaal verband beoordelen als de grieven van cliënt slagen?

HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981

# I INCIDENTEEL APPEL

- Wanneer incidenteel appel?
  - Wijziging dictum
- Ten onrechte incidenteel appel:
  - Vertraging
  - Geen proceskostenveroordeling
- Zelfstandigheid incidenteel appel
  - Tegenstrijdige beslissingen (vgl. HR 8 februari 2013, *JBPR* 2013/17)



# I BEWIJSAANBOD

- Oud-raadsheer in de Hoge Raad W.D.H. Asser in TCR 2012/4:

“Bewijslevering is geen gunst, maar een *recht*. Ook bewijslevering door getuigen. De actieve moderne rechter heeft niet alleen recht op voorlichting, maar ook de verplichting daarvoor de gelegenheid te bieden.”

# I BEWIJSAANBOD

- Nogmaals Asser in TCR 2012/4:

“Tot de meest gestrooide juridische kraaienpootjes behoort al een tijdje de dooddoener dat een partij niet heeft voldaan aan haar *stelplicht*. Bewijs, met name aangeboden getuigenbewijs, mag dan niet meer worden geleverd.”

- Noot raadsheer gerechtshof Lewin bij HR 9 oktober 2015, JPBR 2015/68:

“Meer kan ik zeggen over het verwijt dat appelrechters die geneigd zijn bewijsaanbiedingen te passeren daarbij stiekem (in gemoede) bewijsprognoses doen, hoewel zij weten dat dit niet mag van de Hoge Raad. Daar zit een kern van waarheid in.”



# I BEWIJSAANBOD

- Bewijs kan worden geleverd door alle niet wettelijk uitgesloten bewijsmiddelen (art. 152 lid 1 Rv).
- Het bewijsaanbod: getuigenbewijs!
- Eisen aan het getuigenaanbod – standaardarrest OZ/Roozen (NJ 2005/270): een bewijsaanbod moet voldoende specifiek en ter zake dienend zijn

# I BEWIJSAANBOD

- Regels:
  - Uitgangspunt: een partij in hoger beroep moet tot getuigenbewijs worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden
  - Specifiek: hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet de rechter in het licht van de eisen van de goede procesorde letten op het verloop van het partijdebat en het stadium van de procedure
  - In bewijsaanbod opnemen op *welke* stellingen het betrekking heeft en *wie* daarover kan verklaren. In het algemeen niet *wat* de getuigen kunnen verklaren.
  - Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd: in hoeverre kunnen de getuigen *meer of anders* verklaren?
  - Prognoseverbod: de rechter mag bewijsaanbod niet passeren op basis van zijn verwachting over wat de getuige zal verklaren
  - De specificatie-eis geldt niet voor het aanbieden van *tegenbewijs*





# I INHOUD VAN DE APPEL MEMORIE

- Meteen grieven (bespreken) of eerst je verhaal vertellen en tegen die achtergrond nog beknopt enkele grieven (bespreken)?
- Grieven moeten voldoende gepreciseerd en gemotiveerd zijn
- Maat houden: leg de vinger op de zere plek van het vonnis (geen schot hagel)
- Denk aan:
  - Grieven tegen de feitenvaststelling
  - Overwegingen ten overvloede
- Geen overbodige grieven!
- Denk zowel als appellant als geïntimeerde ook aan:
  - Tweeconclusieregel
  - Devolutieve werking

# I VERGEET DE ONGEDAANMAKINGSVORDERING NIET!

- Art. 353 lid 1 Rv  
In hoger beroep kan niet voor het eerst een eis in reconventie worden ingesteld
  - Uitzondering: vordering tot ongedaanmaking van hetgeen op basis van het vonnis is voldaan, met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel



# I OMVANG VAN DE APPEL MEMORIE

- Art. 2.11 LPR Hoven:

“De memorie van grieven en de memorie van antwoord beslaan ieder niet meer dan 25 bladzijden. Wordt bij antwoord incidenteel hoger beroep ingesteld, dan beslaan de memorie van grieven in incidenteel hoger beroep en de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep ieder niet meer dan 15 bladzijden. Andere memories, bijvoorbeeld na getuigenverhoor of deskundigenbericht, beslaan niet meer dan 15 bladzijden.”

“Een partij kan bij H16-formulier vanwege bijvoorbeeld de juridische of feitelijke complexiteit van de zaak gemotiveerd verzoeken een memorie van een grotere omvang te mogen indienen. De rolraadsheer beslist zo spoedig mogelijk op het verzoek. Als de memorie het maximumaantal bladzijden overschrijdt zonder dat daarvoor toestemming is gegeven, wordt de memorie geweigerd en kan de partij uiterlijk binnen twee weken een memorie indienen die het maximum aantal bladzijden niet overschrijdt.”

# I OMVANG VAN DE APPEL MEMORIE

- Bijlage VI bij het LPR Hoven:

“1. Een verzoek een memorie van grotere omvang te mogen indienen dan in artikel 2.11 of artikel 9.5.1 is toegestaan, wordt zo spoedig mogelijk gedaan, maar uiterlijk vier dagen voor de roldatum waarop de memorie moet worden ingediend. Het verzoek wordt gemotiveerd gedaan en vermeldt het gewenste aantal bladzijden. De wederpartij kan binnen twee dagen reageren.

2. Het hof beslist zo spoedig mogelijk. Het verzoek kan worden toegewezen vanwege de juridische of feitelijke complexiteit van de zaak. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien:

- de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, de toepasselijkheid en/of de inhoud van buitenlands recht of kwesties van internationaal privaatrecht (mede) aan de orde zijn;
- een nadere feitelijke onderbouwing is gewenst, die niet al is opgenomen in een eerder stuk;
- zich na het wijzen van het vonnis in eerste aanleg nieuwe relevante feiten of omstandigheden hebben voorgedaan;
- een partij een groot financieel belang heeft bij de zaak;
- er veel geschilpunten of posten moeten worden besproken.”



# I OMVANG VAN DE APPEL MEMORIE

- HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824:

“Het stellen van regels voor de omvang van processtukken draagt bij aan een optimale aanwending van de beperkte rechterlijke capaciteit en is aldus in overwegende mate een organisatorische maatregel gericht op behoorlijke rechtspraak. Daaraan doet niet af dat de regels de processuele rechten van partijen begrenzen. Daarbij komt dat onnodig lange processtukken belastend zijn voor de wederpartij en dat regulering van de omvang kan bijdragen aan een gelijke mate van toegang tot de rechter van de partijen in een geschil.”

# I OMVANG VAN DE APPEL MEMORIE

- HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824:

“dat de rechter bevoegd is om beperkingen te stellen aan de omvang van processtukken in hoger beroep en dat ook in een procesreglement aan die omvang beperkingen mogen worden gesteld, mits de essentie van het recht op toegang tot de rechter en van het recht op hoor en wederhoor niet wordt aangetast en de voorschriften een legitiem doel dienen en in het licht van dat doel proportioneel zijn.

(...) dat in een procesreglement mag worden bepaald dat bij overschrijding van het maximale aantal bladzijden het processtuk wordt geweigerd.

In het bijzonder een afwijzende beslissing op een verzoek tot het mogen indienen van een omvangrijker processtuk of een aanvullende akte dient voldoende te worden gemotiveerd.

Van een beslissing op een verzoek tot het mogen indienen van een omvangrijker processtuk of van een aanvullende akte, dan wel een weigering van een processtuk kan met inachtneming van art. 401a lid 2 Rv cassatieberoep worden ingesteld, ook in zaken waarin de wet een hogere voorziening uitsluit.”

## II RECHTERSWISSELING

- HR 20 maart 2020, *JBPR 2020/42* m.nt. J. Verstoep (*To Concept/CZ*)
  - Van belang dat uitspraak wordt gewezen door rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden;
  - Gerecht dient van elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak (onder opgave van reden van vervanging en beoogde uitspraakdatum);
  - Recht om binnen twee weken na de mededeling om een nadere mondelinge behandeling te verzoeken;
  - Moet worden toegewezen als geen P-V van de eerdere mondelinge behandeling is opgemaakt, en mag worden afgewezen als er wel een P-V is maar dan wel gemotiveerd;
  - Geen mededeling gedaan? Dan is de uitspraak op die grond aantastbaar, tenzij sprake is van een tussenuitspraak. Elk van de bij de mondelinge behandeling verschenen partijen kan binnen twee weken na de tussenuitspraak waarin van de rechterswisseling voor het eerst is gebleken, alsnog verzoeken om een nadere mondelinge behandeling.

## II RECHTERSWISELING

- Let goed op. Brief hof Arnhem-Leeuwarden:

“[geplande uitspraakdatum niet haalbaar]

In verband met de te verwachten benoeming van mr. Lock tot raadsheer in de Hoge Raad zal hij niet in staat zijn de uitspraak mede te doen. Hierbij bericht ik u dat mr. D.M.I. de Waele in zijn plaats de uitspraak mede zal doen. Er zal dus een rechterswisseling plaatsvinden.

Voor het geval u op deze brief wil reageren, verzoek ik u dat binnen drie weken na heden te doen.”



## II DE ZITTING IN HOGER BEROEP

- Versterkte regierol van de raadsheren. Neem zelf regie!
  - Mondelinge behandeling in elke stand van het geding
  - Zittingsagenda
- Meebrengen getuigen of partijdeskundigen (art. 87 lid 3 Rv)
- Beperkte spreektijd (10 min, behalve bij hof Den Haag)
- Verzoek om meervoudige behandeling (binnen twee weken na oproeping voor de zitting; art. 4.14 LPR Hoven)
  
- Mondelinge behandeling vragen in hoger beroep?
  - Nadere toelichting grieven
  - Reactie op nieuw verweer in principaal of incidenteel beroep (vgl. HR 6 juli 2018, *JBPR* 2018/49)

## II HET PROCES-VERBAAL

- Recht op P-V?

- P-V opgevraagd in verband met cassatieprocedure:

“In deze zaak is niet ambtshalve een proces-verbaal van de zitting opgemaakt. Op 6 april 2021 is arrest in de zaak gewezen. U heeft op 29 juli 2021 om een proces-verbaal verzocht. Daarbij heeft u niet toegelicht waarom en op welke punten er in het licht van het gewezen arrest en de daarin gegeven beslissingen belang bij is dat het verhandelde ter zitting in een proces-verbaal wordt vastgelegd.

Het verzoek wordt derhalve afgewezen, omdat geen (voldoende) belang daarvoor is aangevoerd.”

- Stellingen opnemen in P-V

- Tardieve stellingen wederpartij!

- Opmaak P-V buiten aanwezigheid van partijen? Niet doen!



## III VERWIJZINGSPROCEDURE

- De verwijzingsrechter zet de behandeling voort en beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad (art. 424 Rv)
- Grenzen van de rechtsstrijd:
  - Géén binding aan vernietigde beslissingen én beslissingen die hierop voortbouwen of hiermee onlosmakelijk samenhangen;
  - Géén binding aan beslissingen waartegen cassatieklachten waren gericht die door de Hoge Raad onbehandeld zijn gelaten
  - Wél binding aan alle niet of tevergeefs in cassatie bestreden beslissingen
  - In beginsel géén plaats voor nieuwe feiten, stellingen, vorderingen, weren of bewijs



## III VERWIJZINGSPROCEDURE

- Leer van de ‘voorwaardelijke’ vernietiging ten aanzien van beslissingen die voortbouwen op of onverbreekelijk samenhangen met door de HR vernietigde beslissingen?
  - HR 18 mei 2018, *JBPR 2018/47* m.nt. I.M.A. Lintel, rov. 3.3.2:  
“Anders dan het hof heeft overwogen, behelst de vernietiging van de beslissing over de proceskosten geen ‘voorwaardelijke’ vernietiging en kan van ‘herleven’ van die beslissing geen sprake zijn, ook niet indien het verwijzingshof met betrekking tot het punt waarop is vernietigd tot dezelfde beslissing komt als het hof voor cassatie.”

WYN  
STAEL  
ADVOCATEN