

JIN 2017/180, Hoge Raad, 15-09-2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, 15/01633 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2017/180

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

15 september 2017

Datum publicatie

7 november 2017

Annotator

E.J.H. Zandbergen

Fermm Advocaten J.H.L. Damen

Fermm Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2017:2360](https://ecli.nl/HR/2017/2360)

Zaaknummer

15/01633

Relevante informatie

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 21, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 130, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 237, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 238, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 239, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-](#)

05-2023] [Regeling ingetrokken per 2023-05-01] art. 240, Burgerlijk Wetboek Boek 6 [Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024] art. 96, Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950 [Tekst geldig vanaf 01-08-2021] art. 6

Inhoudsindicatie

Revindicatie schilderij, Vermeerdering van eis na cassatie en verwijzing op grond van nieuw feit, Toelaatbaarheid herhaalde eiswijziging nadat deze eerder niet was toegelaten, Vergoeding van werkelijk gemaakte proceskosten, Uitzondering exclusieve en limitatieve regeling van proceskosten wegens misbruik van recht

Samenvatting

Eiser komt, nadat de procedure voor het hof in staat van wijzen is, te beschikken over feiten waaruit blijkt dat verweerder niet langer eigenaar is van het schilderij wegens diens verkoop aan een derde, zodat eiser rechtsgeldig eigenaar van het schilderij is geworden na inbreng en verdeling van een gemeenschap tussen eiser en deze derde. Verweerder had zijn overdracht aan deze derde eerder betwist en belastend feitenmateriaal achtergehouden. Eiser vermeerdert in zijn memorie na verwijzing zijn eis met vergoeding van werkelijk gemaakte proceskosten. Deze uitzondering op de twee-conclusieregel is mogelijk vanwege dit nieuwe feit, teneinde te voorkomen dat het geschil aan de hand van achterhaalde of inmiddels onjuist gebleken gegevens zou moeten worden beslist. Dit is ook mogelijk ondanks dat de rolraadsheer eerder de eisvermeerdering niet heeft toegelaten. Vergoeding van werkelijk gemaakte proceskosten is mogelijk bij misbruik van recht, waar tevens sprake van kan zijn als verweerder zijn verweer baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.

Eiser vordert revindicatie van een door hem van een derde gekocht Koekoek-schilderij. Verweerder houdt dit schilderij onder zich en beroept zich erop dat het schilderij aan de derde enkel in consignatie aan de derde was gegeven, ondanks het feit dat dit in strijd met de waarheid is en verweerder beschikt over een factuur inzake zijn verkoop aan deze derde. Nadat de procedure voor het hof in staat van wijzen is, vermeerdert eiser in zijn memorie na verwijzing zijn eis met vergoeding van werkelijk gemaakte proceskosten, welke eisvermeerdering door verweerder wordt bestreden. In beginsel is eisvermeerdering na het indienen van memorie van grieven niet meer mogelijk (twee-conclusieregel), maar uitzondering hierop is mogelijk als deze eisvermeerdering is gebaseerd op later voorgevallen of gebleken feiten en de eisvermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken gegevens zou moeten worden beslist. Ook als een rolraadsheer een eisvermeerdering niet toelaat, kan in dezelfde instantie opnieuw eisvermeerdering plaatsvinden, mits niet in strijd met de goede procesorde. Vergoeding van werkelijk gemaakte proceskosten door de ene procespartij aan de ander stuit in beginsel af op de exclusieve en limitatieve regeling van art. 237-240 Rv. Uitzondering hierop is misbruik van recht. Daaronder valt tevens de situatie dat een verweerder zijn verweer baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.

Uitspraak

Hoge Raad:

1 Het verloop van het geding

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

- a. zijn arrest in de zaak C06/329HR van 14 november 2008, ECL:NL:HR:2008:[LJN BF0462](#), NJ 2009/137;
- b. de arresten in de zaak 200.033.055/01 van het gerechtshof Den Haag van 17 november 2009, 26 april 2011, 29 januari 2013 en 23 december 2014.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 23 december 2014 heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van het hof van 17 november 2009, 26 april 2011 en 23 december 2014. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor [eiser] mede door mr. B.F.L.M. Schim.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot vernietiging en verwijzing in het principale cassatieberoep en tot verwerping van het incidentele cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 7 april 2017 op die conclusie gereageerd; de advocaat van [verweerder] heeft dat gedaan bij brief van 6 april 2017.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten vermeld in rov. 3.1 van het arrest van de Hoge Raad van 14 november 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BF0462](#), NJ 2009/137. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer:

(i) Op 26 november 2001 heeft [A] B.V. (hierna: [A]) het schilderij bekend onder de namen 'Langs het kanaal', 'Gracht in een Hollandse stad' en 'Delft (zomer)' van Willem Koekkoek (hierna ook: het schilderij of 'de Koekkoek'), welk schilderij in onverdeelde gemeenschap toebehoorde aan [A] en [eiser], verkocht en geleverd aan [verweerder]. [verweerder] heeft toen de (volledige) eigendom van het schilderij verkregen. [eiser] is hiervan onkundig gehouden en heeft niet in de verkoopopbrengst gedeeld.

(ii) Op 26 juni 2002 heeft [verweerder] het schilderij aan [betrokkene 1], bestuurder van [A] (hierna tezamen ook: [betrokkene 1]/[A]) afgegeven, nadat hem was voorgehouden dat een derde het schilderij zou willen kopen. [betrokkene 1] heeft vervolgens, in strijd met de waarheid, aan [verweerder] voorgehouden dat hij het schilderij metterdaad had verkocht aan een derde.

(iii) [betrokkene 1]/[A] en [eiser] zijn op 27 juni 2002 een schriftelijke overeenkomst aangegaan teneinde aan hen gemeenschappelijk toebehorende schilderijen te verdelen.

De overeenkomst begint met een opsomming van de schilderijen waarop zij betrekking heeft, waaronder de Koekkoek. Ten aanzien van dit schilderij is bepaald dat [betrokkene 1] zijn aandeel in de eigendom hiervan overdraagt aan [eiser] “die daarmee volledig eigenaar wordt”. Op 29 juni 2002 heeft [betrokkene 1], ter uitvoering van de overeenkomst, het schilderij aan [eiser] ter hand gesteld. [verweerder] is van een en ander onkundig gehouden.

(iv) [betrokkene 1] is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van dertig maanden wegens oplichting. [A] is op 10 december 2002 in staat van faillissement verklaard.

(v) Op 11 juni 2003 heeft [eiser] op grond van een daartoe strekkend kortgedingvonnis de Koekkoek afgegeven aan de curator in het faillissement van [A]. Het schilderij is vervolgens door de curator aan [verweerder] afgegeven op grond van het door [verweerder] gepretendeerde eigendomsrecht.

3.2.1 In dit geding heeft [eiser] een verklaring voor recht gevorderd dat hij eigenaar is van de Koekkoek, alsmede veroordeling van [verweerder] tot afgifte van het schilderij. De vorderingen zijn door de rechtbank Amsterdam en (in hoger beroep) het gerechtshof Amsterdam afgewezen. Het gerechtshof Amsterdam heeft daartoe, kort samengevat, als volgt overwogen.

Uit het meegeven van de Koekkoek door [verweerder] aan [betrokkene 1] met het oog op de verkoop daarvan, volgt niet dat [verweerder] de Koekkoek aan [A] heeft verkocht en evenmin dat [A], nadat zij van [verweerder] een last tot verkoop had ontvangen, deze aan zichzelf heeft verkocht. Nu derhalve geen verkoop aan [A] heeft plaatsgevonden, kan de Koekkoek evenmin krachtens die verkoop rechtsgeldig aan [A] zijn overgedragen, zodat de eigendom daarvan bij [verweerder] is gebleven. [betrokkene 1]/[A] heeft het schilderij niet zonder de instemming van [verweerder] in de gemeenschap met [eiser] kunnen inbrengen. Van zodanige instemming is niet gebleken. De Koekkoek is dus niet tot de gemeenschap tussen [eiser] en [betrokkene 1]/[A] gaan behoren. Daaruit volgt dat de overeenkomst tot verdeling van die gemeenschap geen rechtsgeldige titel voor de overdracht van de Koekkoek aan [eiser] heeft opgeleverd, zodat niet is voldaan aan de wettelijke vereisten voor overdracht. De terhandstelling van de Koekkoek aan [eiser] heeft derhalve niet de eigendomsverkrijging door [eiser] tot gevolg gehad.

3.2.2 Bij het hiervoor in 3.1 genoemde arrest van 14 november 2008 heeft de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het gerechtshof Den Haag (hierna: het hof). Daartoe overwoog de Hoge Raad, kort samengevat, dat het gerechtshof Amsterdam ten onrechte zonder motivering was voorbijgegaan aan het aanbod van [eiser] om te bewijzen dat de overeenkomst tussen [verweerder] en [betrokkene 1]/[A] hetzij een wederinkoop hetzij een lastgeving gevolgd door ‘Selbsteintritt’ inhield; de daarop gerichte onderdelen 1.1-1.3 waren dan ook gegrond (rov. 3.6). Ook onderdeel 3.5 trof doel, omdat zonder nadere motivering niet viel in te zien waarom [eiser] onvoldoende had gesteld om te worden toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat de overeenkomst tussen [verweerder] en [A] een machtiging inhield, namelijk de bevoegdheid van [A] op eigen naam over de Koekkoek te beschikken (rov. 3.9.4).

3.2.3 In zijn memorie na verwijzing heeft [eiser] zijn eis vermeerderd met (voor zover thans van belang) de vordering dat [verweerder] wordt veroordeeld tot betaling van de werkelijke proceskosten die [eiser] heeft gemaakt, onder aftrek van de ten deze uit te spreken proceskostenveroordelingen, nader op te maken bij staat. Subsidiair vorderde [eiser] een hogere proceskostenveroordeling dan de gebruikelijke veroordeling overeenkomstig het liquidatietarief.

[eiser] heeft daartoe aangevoerd dat sprake is van een novum in de vorm van verzwegen feiten, welke feiten [eiser] – op een moment dat de procedure voor het gerechtshof Amsterdam in staat van wijzen was – heeft ontdekt door kennisneming op rechtspraak.nl van een tussenarrest van het gerechtshof ‘s-Hertogenbosch in een procedure tussen [verweerder] en de erfgenamen van [betrokkene 2] (hierna: de procedure [verweerder]/[betrokkene 2]). Uit dat tussenarrest ([ECLI:NL:GHSHE:2006:AY0441](https://ecli.nl/GHSHE:2006:AY0441)) blijkt dat [verweerder] de Koekkoek op 20 juli 2002 heeft verkocht aan [A] voor een prijs van

€ 181.500,= en dat [A] blijkens een schriftelijke overeenkomst van 1 oktober 2002 de koopsom voor de Koekkoek heeft voldaan door overdracht van zeven schilderijen aan [verweerder] (met een bijbetaling van € 10.000,= door [verweerder]). Volgens [eiser] heeft [verweerder] in de onderhavige procedure, met schending van art. 21 Rv, opzettelijk stellingen ingenomen die met deze inmiddels gebleken feiten in strijd zijn en aldus getracht een voor hem gunstige uitspraak jegens [eiser] te verkrijgen, en daarmee onrechtmatig gehandeld, althans misbruik gemaakt van procesrecht. (memorie na verwijzing, onder 6-13 en 49-52)

3.2.4 Bij arrest van 17 november 2009 heeft (de rolraadsheer van) het hof deze vermeerdering van eis niet toegelaten, op de grond dat het een geheel nieuwe vordering betreft, gebaseerd op onrechtmatige daad dan wel misbruik van procesrecht, waarvan de grondslag geheel anders is dan die van de vorderingen waarover tot dan toe werd geprocedeerd. Het hof acht het instellen van deze nieuwe vordering in een zo laat stadium van de procedure in strijd met de eisen van een goede procesorde.

3.2.5 Het hof heeft bij tussenarrest van 26 april 2011 (hierna: het tussenarrest) beslist dat [eiser], die ter zake van de door hem gestelde verkoop op 20 juli 2002 door [verweerder] aan [betrokkene 1]/[A] een uitdrukkelijk bewijsaanbod had gedaan, wordt toegelaten tot dat bewijs, dat past in het kader van de bewijsaanbiedingen die ingevolge het verwijzingsarrest van de Hoge Raad aan de orde zijn, meer speciaal die met betrekking tot de wederinkoop. Het hof overwoog dat het bewijs, nu de beslissingen in de procedure [verweerder]/[betrokkene 2] geen gezag van gewijsde hebben in de onderhavige zaak en mede gelet op de gemotiveerde betwisting door [verweerder], niet zonder meer voortvloeit uit die beslissingen. (rov. 3.6)

Voorts overwoog het hof dat [eiser] bij pleidooi opnieuw zijn eis heeft vermeerderd conform de memorie na verwijzing. Het opnieuw vermeerderen van de eis terwijl daarover al door het hof inhoudelijk is beslist, zonder dat is gebleken van bijzondere omstandigheden zoals een relevante wijziging van omstandigheden ten opzichte van de eerste beslissing, is in strijd met de goede procesorde. Of voor het hof aanleiding bestaat terug te komen van de beslissing van 17 november 2009, hangt mede af van het resultaat van de bewijslevering. Het hof houdt elk oordeel hierover aan. (rov. 3.8)

3.2.6 Na de getuigenverhoren heeft [eiser] in een incident gevorderd dat [verweerder] wordt veroordeeld afschriften te overhandigen van het gehele procesdossier in de zaak [verweerder]/[betrokkene 2]. Het hof heeft deze vordering bij incidenteel arrest van 29 januari 2013 toegewezen. [eiser] heeft de aldus verkregen afschriften van dat procesdossier overgelegd in de onderhavige procedure voor het hof.

3.2.7 In zijn eindarrest heeft het hof bewezen geoordeeld dat [verweerder] de Koekkoek heeft verkocht aan [betrokkene 1]/[A] (rov. 10). Dat oordeel baseerde het hof in rov. 2-7, kort samengevat, op het volgende.

– In het procesdossier [verweerder]/[betrokkene 2] bevindt zich een factuur van 20 juli 2002 van [verweerder] gericht aan [betrokkene 1]/[A], waarop staat vermeld: “Aan u verkocht uit mijn privécollectie een schilderij (...) Willem Koekkoek (...) voor de overeengekomen koopsom van € 181.500,=”. (rov. 2)

– Weliswaar stelt [verweerder] dat hij met [betrokkene 1]/[A] consignatie was overeengekomen, maar niet aannemelijk is geworden dat die overeenkomst inhield dat de eigendom van de Koekkoek bij [verweerder] zou blijven totdat hij betaling had ontvangen. Consignatie is in de praktijk geen welomlijnd begrip en sluit niet uit dat partijen hebben afgesproken de verkoop af te wikkelen door middel van een doorverkoop, in welk geval de consignatiehouder dus (kort) de eigendom van het goed verkrijgt. (rov. 5-6)

– De factuur van 20 juli 2002 duidt op een dergelijke doorverkoop. [verweerder] heeft in de procedure [verweerder]/[betrokkene 2] niet alleen in de processtukken het standpunt ingenomen dat sprake was van verkoop aan [betrokkene 1]/[A], maar ook als getuige onder ede verklaard de Koekkoek aan [betrokkene 1]/[A] te hebben verkocht.

[verweerder] heeft als getuige in de onderhavige zaak – voordat het procesdossier [verweerder]/[betrokkene 2] in het geding was gebracht en was gebleken dat hij aan [betrokkene 1]/[A] de factuur van 20 juli 2002 had verzonden – verklaard dat hij niet weet hoe het gerechtshof 's-Hertogenbosch in de procedure [verweerder]/[betrokkene 2] aan de datum van 20 juli 2002 komt en of hij op die datum een factuur aan [betrokkene 1] heeft gestuurd; deze onwetendheid komt onaannemelijk voor; daarom wordt uitgegaan van zijn eerdere verklaring. Weliswaar zijn de bewoordingen van de factuur van 20 juli 2002 niet beslissend ten aanzien van de inhoud van de onderliggende rechtsverhouding, maar niet aannemelijk is geworden dat sprake is geweest van een afwijkende partijbedoeling en andersluidende rechtsverhouding. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat [verweerder] bij het pleidooi voorafgaand aan het tussenarrest, in strijd met de waarheid en dus met schending van art. 21 Rv, heeft aangevoerd dat de rechtbank (in de procedure [verweerder]/[betrokkene 2]) zich heeft vergist, terwijl is komen vast te staan dat de rechtbank zich heeft gebaseerd op de stellingen van [verweerder] zelf en de ter onderbouwing daarvan door hem overgelegde factuur van 20 juli 2002. (rov. 7)

Op grond van het voorgaande komt het hof tot de slotsom dat in deze zaak kan worden uitgegaan van een eigendomsoverdracht van de Koekkoek aan [betrokkene 1]/[A] op 20 juli 2002, die toen dus alsnog beschikkingsbevoegd is geworden. Nu [betrokkene 1]/[A] beoogde in de relatie met [eiser] de oude toestand, waarin de Koekkoek gemeenschappelijk eigendom was, te herstellen, moet worden aangenomen dat [betrokkene 1]/[A] heeft kunnen bewerkstelligen dat de Koekkoek opnieuw onderdeel werd van de gemeenschap met [eiser]. [eiser] is vervolgens op grond van de tussen partijen gesloten verdelingsovereenkomst eigenaar geworden. Voor het geval moet worden aangenomen dat het schilderij niet gemeenschappelijk eigendom is geworden, is de verdelingsovereenkomst ten aanzien van de Koekkoek, welke overeenkomst in dat geval een geldige titel ontbeerde, geconverteerd in een rechtsgeldige overdrachtstitel. De door [eiser] ingestelde vordering, inhoudende een verklaring voor recht dat hij eigenaar is en een veroordeling dat [verweerder] de Koekkoek aan hem afgeeft, kan dus worden toegewezen. (rov. 13)

3.2.8 Met betrekking tot de vermeerdering van eis heeft het hof in rov. 15 van zijn eindarrest als volgt overwogen:

“15. Gelet op hetgeen hierboven is overwogen en onder verwijzing naar het tussenarrest van 26 april 2011 (r.o. 3.8) ziet het hof aanleiding terug te komen van de beslissing van de rolraadsheer van 17 november 2009, en wordt de eisvermeerdering (tot betaling van de werkelijk gemaakte proceskosten) alsnog toegelaten. Aan deze eis heeft [eiser] ten grondslag gelegd dat [verweerder] onrechtmatig heeft gehandeld door de factuur van 20 juli 2002 voor hem verborgen te houden en in deze procedure in strijd met het bepaalde van artikel 21 Rv de factuur niet in het geding te brengen. Het hof begrijpt het standpunt van [eiser] aldus dat, indien [verweerder] anders had gehandeld, hem al deze kosten zouden zijn bespaard. De juistheid van dit laatste staat evenwel niet vast. Als de factuur eerder in het geding was gebracht, had [verweerder] eerder het daarbij behorende verweer gevoerd. Dat de procedure eerder zou zijn geëindigd staat allerminst vast.

Bovendien is het hof van oordeel dat [verweerder] pas in de verwijzingsprocedure artikel 21 Rv heeft geschonden (zie hierboven onder 7). Deze schending is reeds meegewogen bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het door [verweerder] ingenomen standpunt. Het hof ziet geen aanleiding om daarnaast aan deze schending gevolgen te verbinden voor de proceskostenveroordeling, in die zin dat [verweerder] een hoger bedrag dan het liquidatietarief zou dienen te voldoen.

De vordering tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten wordt derhalve afgewezen.”

4 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1 De Hoge Raad ziet aanleiding eerst het incidentele beroep te behandelen, omdat het de verste strekking heeft.

4.2 Onderdeel 1 keert zich in de kern tegen de beslissing van het hof in rov. 15 van het eindarrest dat de eisvermeerdering van [eiser] wordt toegelaten. Het onderdeel klaagt onder meer dat die beslissing onjuist is, in de eerste plaats omdat een vermeerdering van eis in een verwijzingsprocedure na cassatie in beginsel niet toegelaten is (het onderdeel verwijst naar HR 1 oktober 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM9528](#)), in de tweede plaats omdat de beslissing van de rolraadsheer van 17 november 2009 een bindende eindbeslissing is, waarvan de rechter volgens vaste rechtspraak in beginsel niet in dezelfde instantie mag terugkomen, en in de derde plaats omdat het in dit geval gaat om een eisvermeerdering met een geheel nieuwe vordering op een nieuwe grondslag, in welk geval de eisvermeerdering des te eerder in strijd komt met de goede procesorde.

Volgens het onderdeel heeft het hof “vanwege deze drie redenen, ieder voor zich en in samenhang elkaar versterkend”, de maatstaf miskend voor beoordeling van een (herhaalde) eiswijziging in een procedure na cassatie en verwijzing die eerder in dezelfde instantie niet was toegelaten, en die betrekking heeft op een nieuwe vordering op een nieuwe grondslag.

4.3.1 Wat betreft de klacht dat een eisvermeerdering in een verwijzingsprocedure na cassatie in beginsel niet is toegelaten, geldt het volgende.

4.3.2 Blijkens HR 1 oktober 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM9528](#), geldt volgens vaste rechtspraak de regel dat na cassatie en verwijzing een wijziging van eis niet mogelijk is, omdat de rechter naar wie de zaak is verwezen, deze moet behandelen in de stand waarin de zaak zich bevond toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen (art. 424 Rv). Uitzonderingen op deze regel zijn echter mogelijk, zoals ook al blijkt uit de verwijzing in genoemd arrest naar HR 2 oktober 1998, [ECLI:NL:HR:1998:ZC2721](#), NJ 1999/683, waarin een dergelijke uitzondering aan de orde was.

In dit verband is van belang dat (ingevolge eveneens vaste rechtspraak over de tweeconclusieregel) (ook) uitzonderingen mogelijk zijn op de ‘in beginsel strakke regel’ dat de oorspronkelijke eiser zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord mag veranderen of vermeerderen. Een dergelijke uitzondering is – onder meer – mogelijk indien met de eiswijziging of eisvermeerdering aanpassing wordt beoogd aan eerst na de memorie van grieven of van antwoord voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eiswijziging of eisvermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Onverkort blijft dan gelden dat toelating van de eiswijziging of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. (Vgl. HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#), NJ 2010/154 (Wertenbroek q.q./Van den Heuvel) en HR 23 september 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ7064](#), NJ 2013/6 (Pessers/Ru-Pro))

Indien voldaan is aan de voorwaarden zoals vermeld in de zojuist genoemde arresten van 19 juni 2009 en 23 september 2011, is een wijziging of vermeerdering van eis, bij wijze van uitzondering op de ‘in beginsel strakke regel’, in beginsel ook mogelijk in een verwijzingsprocedure na cassatie. Die procedure geldt immers als een voortzetting van het geding in hoger beroep voor cassatie en verwijzing.

Wel moet dan nog op de voet van art. 130 lid 1 Rv beoordeeld worden of de eiswijziging of eisvermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde, hetgeen volgens de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 321) en overeenkomstig vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 28 mei 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2914](#), NJ 2000/220 (Heep/Heep), rov. 3.4) het geval is indien sprake is van onredelijke bemoeilijking van de verdediging dan wel onredelijke vertraging van het geding. Bij die beoordeling kan ook het stadium waarin de procedure verkeert van belang zijn.

4.3.3 In het licht van hetgeen hiervoor in 4.3.2 is overwogen, geeft het toelaten van de eisvermeerdering van [eiser] door het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de mogelijkheid om in een verwijzingsprocedure na cassatie de eis te vermeerderen. De daarop gerichte klacht van het onderdeel faalt derhalve.

4.4.1 Met betrekking tot de klacht dat het hof met miskenning van de daarvoor geldende maatstaven is teruggekomen van de beslissing van de rolraadsheer, wordt als volgt overwogen.

4.4.2 Volgens art. 130 lid 1 Rv is de eiser bevoegd zijn eis of de gronden daarvan te veranderen of te vermeerderen zolang de rechter nog geen einduitspraak heeft gedaan. Gelet daarop is het in beginsel mogelijk dat een eis na een eiswijziging in dezelfde instantie wederom wordt gewijzigd (vgl. HR 28 mei 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2914](#), NJ 2000/220 (Heep/Heep), rov. 3.4). Ook in geval van herhaling in dezelfde instantie van een eerder niet toegelaten verandering of vermeerdering van de eis of de grondslag daarvan, zal derhalve volgens de maatstaf van art. 130 lid 1 Rv moeten worden beoordeeld of die verandering of vermeerdering in het licht van de actuele omstandigheden van het geval in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Een herhaalde verandering of vermeerdering van eis kan dan ook niet buiten beschouwing worden gelaten op de enkele grond dat deze in een eerder stadium van de procedure in strijd met de eisen van een goede procesorde is geacht.

In het licht van hetgeen zojuist is overwogen, heeft het hof terecht de toelaatbaarheid van de herhaalde eiswijziging van [eiser] (opnieuw) onderzocht. In dat verband heeft het hof in rov. 15 van het eindarrest overwogen dat het “aanleiding [ziet] terug te komen van de beslissing van de rolraadsheer”, hetgeen – mede blijkens zijn verwijzing naar de voorafgaande overwegingen en naar zijn tussenarrest – aldus moet worden verstaan dat naar zijn oordeel de herhaalde eisvermeerdering in het licht van de inmiddels gebleken omstandigheden (met name de stellingen en getuigenverklaring van [verweerder] in de procedure [verweerder]/[betrokkene 2] omtrent de verkoop van de Koekkoek aan [betrokkene 1]/[A], alsmede de factuur van 20 juli 2002) niet in strijd is met de in art. 130 lid 1 Rv bedoelde eisen van een goede procesorde.

Dat het hof aldus tot een ander oordeel kwam dan de rolraadsheer, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de mogelijkheid een herhaalde eiswijziging (die eerder in dezelfde instantie niet was toegelaten) te beoordelen en met betrekking tot de daarbij te hanteren maatstaf. De daarop gerichte klacht treft derhalve geen doel.

4.5 De (als derde aangevoerde) klacht dat het hof de eisvermeerdering van [eiser] ten onrechte niet in strijd met de eisen van een goede procesorde heeft geacht, althans zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd, stuit af op het rechtsmiddelvebod van art. 130 lid 2 Rv, dat betrekking heeft op de in art. 130 lid 1 Rv bedoelde beslissing omtrent de vraag of de eiswijziging of eisvermeerdering wegens onredelijke bemoeilijking van de verdediging dan wel onredelijke vertraging van het geding, in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

4.6 De hiervoor in 4.2 aan het slot vermelde klacht faalt eveneens. De in die klacht verdedigde maatstaf voor de beoordeling van een herhaalde, eerder afgewezen vermeerdering van eis in het geding na cassatie en verwijzing, strookt niet met hetgeen hiervoor is overwogen.

4.7 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 Beoordeling van het middel in het principale beroep

5.1 De onderdelen 1 en 2 zijn gericht tegen de afwijzing in rov. 15 van het eindarrest van de vermeerderde eis van [eiser] tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten.

5.2.1 In rov. 15 heeft het hof overwogen dat [eiser] aan zijn eis tot betaling van werkelijk gemaakte proceskosten ten grondslag heeft gelegd dat [verweerder] onrechtmatig heeft gehandeld door de factuur van 20 juli 2002 voor hem verborgen te houden en in deze procedure in strijd met het bepaalde in art. 21 Rv de factuur niet in het geding te brengen.

Voorts heeft het hof in rov. 15, met verwijzing naar rov. 7 van zijn eindarrest, geoordeeld dat [verweerder] pas in de verwijzingsprocedure art. 21 Rv heeft geschonden.

5.2.2 De onderdelen 1.3 en 2.1 klagen terecht dat het hof met zijn hiervoor in 5.2.1 weergegeven oordelen een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de stellingen en vorderingsgrondslag van [eiser]. De onderdelen wijzen, in samenhang met de verwijzingen in de paragrafen II-V van de inleiding op het cassatiemiddel (waarnaar onderdeel 2.1 verwijst), met juistheid erop dat [eiser] aan zijn vermeerderde eis tevens ten grondslag heeft gelegd:

– dat [verweerder] vanaf de aanvang van deze procedure opzettelijk heeft verzwegen dat hij de Koekkoek op 20 juli 2002 aan [betrokkene 1]/[A] heeft terug verkocht, en dat hij haaks op die verkoop staande stellingen als verweer in deze procedure heeft aangevoerd;

– dat [verweerder] heeft geweigerd in te stemmen met het verzoek van [eiser] dat het gerechtshof Amsterdam in deze zaak arrest zou wijzen mede op de grondslag van de destijds (vlak voor het eindarrest van het gerechtshof Amsterdam, zie hiervoor in 3.2.3) aan het licht gekomen nieuwe feiten;

– dat [verweerder] onrechtmatig heeft gehandeld door de factuur van 20 juli 2002 tegenover de curator van [A] verborgen te houden, met als gevolg dat [eiser] in kort geding door de (mede ten behoeve van [verweerder] optredende) curator op onjuiste gronden tot afgifte van het schilderij is gedwongen (zie hiervoor in 3.1 onder (v)), zodat [eiser] de onderhavige procedure moest beginnen om het schilderij terug te krijgen;

– en dat de door [eiser] gevorderde schadevergoeding, op te maken bij staat, mede omvat de kosten van het kort geding dat de curator tegen hem heeft gevoerd.

In het licht van deze stellingen zijn de hiervoor in 5.2.1 weergegeven oordelen onvoldoende gemotiveerd.

De daarop gerichte klachten zijn gegrond.

5.2.3 Voorts klaagt onderdeel 1.2 terecht over het oordeel dat “niet vaststaat” dat [eiser], indien [verweerder] anders had gehandeld, “al deze kosten zouden zijn bespaard” (waarmee het hof de werkelijk gemaakte proceskosten bedoelt).

[eiser] heeft schadevergoeding, op te maken bij staat, gevorderd. Het oordeel van het hof moet aldus worden verstaan dat, ook als sprake is van de door [eiser] gestelde onrechtmatige handelwijze van [verweerder], niet vaststaat dat [eiser] als gevolg daarvan schade ten belope van deze werkelijk gemaakte proceskosten heeft geleden. Daarmee heeft het hof miskend dat voor verwijzing naar de schadestaatprocedure voldoende is dat de mogelijkheid van schade als gevolg van de onrechtmatige handelingen aannemelijk is. In het licht van de stellingen van [eiser] verdiende nadere motivering waarom aan deze maatstaf niet is voldaan. Dat klemmt temeer indien niet alleen wordt uitgegaan (zoals het hof heeft gedaan) van het door [verweerder] in strijd met art. 21 Rv achterhouden van de factuur van 20 juli 2002, maar ook van de overige door [eiser] gestelde onrechtmatige gedragingen (zie hiervoor in 5.2.2).

5.2.4 Onderdeel 1.1 klaagt onder meer dat het hof met zijn oordeel dat het causaal verband ontbreekt, buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, omdat [verweerder] tegenover de stellingen van [eiser] niet aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd dat causaal verband ontbreekt. Deze klacht faalt. Het hof heeft kennelijk de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.49 geciteerde stelling van [verweerder] in zijn antwoordmemorie na enquête aangemerkt als een voldoende (zij het summiere) betwisting van het door [eiser] gestelde causaal verband. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, mede gelet op het verloop van het processuele debat over de vermeerderde eis tot dan toe, in het bijzonder op de

omstandigheid dat het hof tot aan het eindarrest nog niet had beslist of de nieuwe eisvermeerdering zou worden toegelaten.

5.2.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

5.3.1 [verweerder] heeft in zijn schriftelijke toelichting betoogd dat de klachten niet tot cassatie kunnen leiden, aangezien de wetgever in de art. 6:96 lid 3 BW en art. 241 Rv voor (kort gezegd) proceskosten een uitzondering heeft gemaakt op het uitgangspunt dat degene die onrechtmatig handelt, de daardoor veroorzaakte schade volledig moet vergoeden. Volgens [verweerder] ziet het cassatiemiddel voorbij aan de exclusiviteit van de art. 237-240 Rv in verhouding tot art. 6:96 lid 2 BW, is een proceskostenvergoeding geen schadevergoeding, en is een schadestaatprocedure dan ook niet van toepassing op de vergoeding van proceskosten.

Dit betoog gaat niet op. Naar aanleiding van dit betoog, en mede met het oog op het geding na verwijzing, wordt als volgt overwogen.

5.3.2 Met zijn vermeerderde eis vordert [eiser] primair veroordeling van [verweerder] tot vergoeding van de werkelijke proceskosten die [eiser] heeft gemaakt, nader op te maken bij staat, en subsidiair een hogere proceskostenveroordeling dan de gebruikelijke veroordeling overeenkomstig het liquidatietarief (pleitnota, tevens akte eisvermeerdering, onder 43-48; memorie na enquête en na incidenteel arrest, onder 92-107). Hij heeft daaraan ten grondslag gelegd (kort gezegd) dat [verweerder] voor en tijdens deze procedure onrechtmatig heeft gehandeld, althans misbruik van procesrecht heeft gemaakt, door met schending van art. 21 Rv opzettelijk stellingen in te nemen die onwaar zijn, bewijsstukken achter te houden, en niet mee te werken aan pogingen van [eiser] de juiste feiten (eerder) onder de aandacht van de rechter te brengen.

5.3.3 Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 12 juni 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1600](#), NJ 2016/380 (K./Rabobank), volgt uit art. 241 Rv en de toelichting op het daarmee corresponderende art. 57 lid 6 (oud) Rv (Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36) dat de art. 237-240 Rv, behoudens bijzondere omstandigheden, een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevatten van de kosten waarin de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, kan worden veroordeeld. Deze regeling derogeeft ingevolge art. 6:96 lid 3 BW in verbinding met art. 241 Rv aan art. 6:96 lid 2 BW. Zij derogeeft eveneens aan het uitgangspunt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt die hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, volledig te vergoeden.

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat, zoals in voormelde toelichting wordt opgemerkt, een volledige vergoedingsplicht (ter zake van proceskosten) denkbaar is, doch alleen in 'buitengewone omstandigheden', waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad. Hieromtrent is in het arrest HR 6 april 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BV7828](#), NJ 2012/233 (Duka/Achmea) overwogen dat pas sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen (als grond voor een vergoedingsplicht ter zake van alle in verband met een procedure gemaakte kosten), als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.

5.3.4 Hetgeen in het zojuist weergegeven arrest Duka/Achmea is overwogen ten aanzien van het onrechtmatig of met misbruik van procesrecht handelen van de eiser die een vordering instelt, geldt overeenkomstig ten aanzien van een verweerder die zich in een geding tegen de vorderingen of verzoeken van de eiser of verzoeker verdedigt. Het gevoerde verweer kan daarom pas misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen opleveren, als het verweer, gelet op de

evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als de verweerder zijn verweer baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Ook hier past terughoudendheid bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen, omdat ook de verweerder het mede door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter heeft, hetgeen omvat dat hij zich in rechte mag verdedigen.

5.3.5 Nu [eiser] zijn vermeerderde eis primair heeft gebaseerd op de gronden als bedoeld in het arrest Duka/Achmea, zal na verwijzing onderzocht moeten worden of het handelen van [verweerder] beantwoordt aan de in dat arrest en de hiervoor in 5.3.4 genoemde maatstaf voor onrechtmatig handelen of misbruik van procesrecht.

Indien daarvan sprake is, en de mogelijkheid van schade door het maken van (extra) proceskosten als gevolg van dat onrechtmatig handelen dan wel misbruik van procesrecht aannemelijk wordt geacht, is ook een verwijzing naar de schadestaatprocedure mogelijk. Het betreft dan immers een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad die aan de exclusieve en limitatieve regeling van de art. 237-240 Rv is onttrokken. In dat geval moet aan de hand van de gewone regels beoordeeld worden of en in hoeverre de voor rekening van [eiser] gekomen kosten in verband met de door hem gevoerde procedure(s) een gevolg zijn van de aan [verweerder] toerekenbare onrechtmatige daad.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 23 december 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 497,55 aan verschotten en € 2600,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

Noot

1. Het Koekkoek-schilderij behoorde in onverdeelde gemeenschap toe aan eiser en een vennootschap van een derde. Deze vennootschap verkocht, zonder medeweten van eiser, het schilderij aan verweerder, die daardoor eigenaar was geworden. Verweerder gaf daarna het schilderij af aan de derde (de bestuurder van de vennootschap), zulks met het oog op een verkoop aan een potentiële koper. De derde bracht dit echter weer in de gemeenschap met eiser en verkocht en leverde zijn deel, althans het deel van zijn vennootschap, in het schilderij aan eiser. Nadat de vennootschap was gefailleerd gaf

eiser het schilderij af aan de curator, die het vervolgens afstond aan verweerder vanwege diens beroep op eigendom. Eiser vorderde vervolgens een verklaring voor recht van eigendom en afgifte door verweerder. Rechtbank en hof wezen de vorderingen af, omdat niet gebleken was dat de derde beschikkingsbevoegd was om het schilderij in de gemeenschap met eiser te brengen en derhalve evenmin om een overeenkomst tot verdeling van die gemeenschap aan te gaan waarbij eiser de volledige eigendom zou verwerven. Nadat de procedure bij het hof in staat van wijzen is, ontdekte eiser op rechtspraak.nl een tussenarrest in een procedure tussen verweerder en de derde, waaruit blijkt dat verweerder het schilderij aan deze derde heeft verkocht en geleverd.

2. In zijn memorie na verwijzing vermeedert eiser zijn eis door tevens vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten te vorderen. De rolraadsheer laat deze eisvermeerdering niet toe. Bij pleidooi vermeedert eiser zijn eis opnieuw met de werkelijk gemaakte proceskosten. Het verwijzingshof oordeelt bij tussenarrest dat het opnieuw vermeederen van de eis terwijl daarover al door het hof inhoudelijk is beslist, zonder dat gebleken is van bijzondere omstandigheden zoals een relevante wijziging van omstandigheden ten opzichte van de eerste beslissing, in strijd is met de goede procesorde. Het verwijzingshof laat zijn oordeel of er aanleiding bestaat terug te komen op de beslissing van de rolraadsheer mede afhangen van het resultaat van de bewijslevering door eiser ter zake en houdt elk oordeel hierover aan. Eiser vordert afschriften van het procesdossier in de zaak tussen verweerder en de derde en daaruit blijkt het bestaan van een factuur van verweerder aan de derde inzake de verkoop van het Koekoek-schilderij met daarbij de tekst "Aan u verkocht uit mijn privécollectie een schilderij (...) Willem Koekoek (...) voor de overeengekomen koopsom van EUR 181.500". In de procedure tussen eiser en verweerder had verweerder eerder verklaard niet te weten waarom het hof in de zaak tussen verweerder en de derde melding maakte van een factuur en bijbehorende factuurdatum en had verweerder, in strijd met de waarheid en dus met schending van art. 21 Rv, verklaard dat de rechtbank in de zaak tussen verweerder en de derde zich heeft vergist, terwijl die rechtbank zich in die zaak heeft gebaseerd op stellingen van verweerder en de door hem overgelegde factuur. Het verwijzingshof laat bij eindarrest de eisvermeerdering toe, maar wijst vervolgens de vordering tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten af. Naar het oordeel van het verwijzingshof staat niet vast dat als verweerder anders had gehandeld, eiser kosten zouden zijn bespaard. Bovendien oordeelt het verwijzingshof dat pas in de verwijzingsprocedure art. 21 Rv is geschonden en dat dit reeds is meegewogen bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het door verweerder ingenomen standpunt.

3. Verweerder klaagt in incidenteel beroep dat het verwijzingshof de eisvermeerdering heeft toegelaten, omdat zulks niet zou zijn toegestaan in een verwijzingsprocedure na cassatie. De Hoge Raad oordeelt dat volgens vaste rechtspraak de regel geldt dat na cassatie en verwijzing een wijziging van eis niet mogelijk is, omdat de rechter naar wie de zaak is verwezen, deze moet behandelen in de stand waarin de zaak zich bevond toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen. Uitzondering hierop is onder meer mogelijk indien met de eiswijziging of eisvermeerdering aanpassing wordt beoogd aan eerst na de memorie van grieven of van antwoord voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eiswijziging of eisvermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken gegevens zou moeten worden beslist of dat een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen (zie ook HR 23 september 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ7064](#); HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI8771](#)). Deze uitzondering geldt ook in een verwijzingsprocedure na cassatie, aangezien die procedure immers geldt als een voortzetting van het geding in hoger beroep voor cassatie en verwijzing. Een uitzondering op de in beginsel strakke twee-conclusieregel is niet mogelijk indien de eiswijziging of eisvermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde, hetgeen het geval is indien sprake is van onredelijke bemoeilijking van de verdediging dan wel onredelijke vertraging van het geding. De Hoge Raad oordeelt dat in de onderhavige zaak het toelaten van de eisvermeerdering door het verwijzingshof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

4. Verweerder klaagt in incidenteel beroep tevens dat het verwijzingshof niet kan terugkomen op de beslissing van de rolraadsheer, aangezien dat een bindende eindbeslissing is in dezelfde instantie. De beslissing van de rolraadsheer is echter (ook) opgenomen in het dictum van het rolarrest, zodat het argument van bindende eindbeslissing ons niet geheel juist voorkomt. Bovendien, de leer van de bindende eindbeslissing biedt juist een uitzondering voor nova. Indien de rechter

is gebleken dat een eerder door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte, eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, is hij bevoegd om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen (HR 8 mei 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1224](#); HR 25 april 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC2800](#)). Bovendien bepaalt de rechter in de betreffende instantie zelf of een in zijn tussenarrest neergelegde beslissing een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing inhield (HR 26 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI2042](#)) en klaarblijkelijk beschouwde het verwijzingshof het rolarrest niet als zodanig, zodat er geen sprake lijkt te zijn van een eindbeslissing. Een klacht dat het rolarrest een einduitspraak (in plaats van een eindbeslissing) is, had mogelijk tot een ander oordeel van de Hoge Raad geleid.

5. In de onderhavige zaak hanteert de Hoge Raad echter een ander (en ruimer) criterium. De Hoge Raad oordeelt dat vermeerdering of wijziging van eis mogelijk is zolang de rechter nog geen einduitspraak heeft gedaan en dat het in beginsel dus mogelijk is dat in dezelfde instantie meermalen een eiswijziging of eisvermeerdering plaatsvindt. De Hoge Raad oordeelt daarna dat ook in geval van herhaling in dezelfde instantie van een eerder niet toegelaten verandering of vermeerdering van de eis of de grondslag daarvan, de maatstaf van art. 130 Rv van toepassing is. Dit houdt in dat eiswijziging of eisvermeerdering mogelijk is, tenzij er sprake is van strijd met de eisen van een goede procesorde. De Hoge Raad beschouwt het rolarrest klaarblijkelijk, mede gezien zijn verwijzing naar zijn eerdere arrest uit 1999 ([ECLI:NL:HR:1999:ZC2914](#) (*Heep/Heep*)), als een rolbeschikking. Dit vereist dat de beslissing van de rolraadsheer niet definitief is, in de zin dat hierdoor een partij enig recht niet (langer) geldend kan maken. In het arrest uit 1999 wordt geoordeeld dat eiser in beginsel in een later stadium zijn eis wederom kan wijzigen dan wel de gewijzigde eis in een nieuw geding aan de rechter kan voorleggen, zodat er van een definitieve beslissing als voormeld geen sprake is. Deze motivering in het arrest uit 1999 ging echter over het oordeel van de Hoge Raad dat de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing is op het rechtsmiddelenverbod van art. 130 lid 2 Rv, zodat ook bij onjuiste oordelen van een rechter over de eisvermeerdering of eiswijziging er toch geen hogere voorzieningen aanwezig zijn (zie ook HR 16 november 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BX0731](#)). Een dergelijk stringent rechtsmiddelenverbod laat zich moeilijk rijmen met een laagdrempelige overschrijding van de twee-conclusieregel door middel van herhaling van een eerder door de rolraadsheer niet toegelaten eisvermeerdering of eiswijziging. De motivering in het arrest uit 1999 is dan ook niet gestoeld op een laagdrempelige eisvermeerdering of eiswijziging in dezelfde instantie, maar gaat uit van een latere eisvermeerdering of eiswijziging (waarmee hoger beroep zal zijn bedoeld) dan wel een geheel nieuwe procedure. In onderhavige zaak betreft het echter een appelprocedure, zodat niet goed valt in te zien op welk later moment een eisvermeerdering of eiswijziging zou kunnen worden ingesteld (de eisvermeerdering is immers juist niet toegelaten omdat deze te laat is ingediend). Evenmin lijkt in de onderhavige zaak een geheel nieuwe procedure mogelijk, omdat de eisvermeerdering de vordering tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten betreft, welke vordering in principe niet met een nieuwe procedure kan worden ingesteld omdat de proceskostenveroordeling in de reeds lopende (appel)zaak in gezag van gewijsde tussen partijen zal zijn gegaan. In deze specifieke zaak was het rolarrest dus meer definitief dan normaliter het geval zal zijn.

7. De Hoge Raad heeft beide voormelde klachten (eisvermeerdering na memorie van grieven en terugkomen op rolarrest) inhoudelijk behandeld en heeft verweerder niet niet-ontvankelijk verklaard op grond van art. 130 lid 2 Rv. Dit komt ons juist voor, omdat dit artikel verwijst naar de beslissing van de rolraadsheer inzake het bezwaar van verweerder op de eisvermeerdering op de grond dat de eisvermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Voormelde twee klachten zien niet op strijd met deze eisen (aan die eisen dient immers ook bij verwerping van deze klachten blijvend te worden voldaan), zodat de niet-ontvankelijkheid hier geen rol speelt. De Hoge Raad verklaart verweerder wél niet-ontvankelijk inzake de derde klacht van verweerder, namelijk dat de eisvermeerdering in strijd is met de goede procesorde, hetgeen wel de in art. 130 lid 1 Rv vermelde grondslag is.

8. Inzake de vordering tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten oordeelt de Hoge Raad dat het verwijzingshof, met zijn oordeel dat niet vaststaat dat de eiser kosten zouden zijn bespaard, heeft miskend dat de schade nog niet hoeft vast te staan, omdat eiser een schadevergoeding op te maken bij staat heeft gevorderd. Voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure is voldoende dat de mogelijkheid van schade als gevolg van de onrechtmatige handelingen

aannemelijk is. Met het oordeel dat het causaal verband ontbreekt, is het verwijzingshof niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, omdat verweerder heeft betwist (zij het summier) dat causaliteit ontbreekt. Deze summier betwisting is onderdeel van de rechtsstrijd, mede omdat het verwijzingshof tot aan het eindarrest nog niet had beslist of de nieuwe eisvermeerdering (waarop de betwisting zag) zou worden toegelaten.

9. De limitatieve en exclusieve proceskostenregeling van art. 237-240 Rv derogert aan art. 6:96 lid 2 BW. Slechts in buitengewone omstandigheden is plaats voor een volledige schadevergoedingsplicht, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad. Dit is het geval als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had horen te blijven. Dit is pas het geval als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure dient, vanwege het recht op toegang tot de rechter als bedoeld in art. 6 EVRM, terughoudendheid te worden betracht. Voor een verweerder geldt het spiegelbeeldige: het gevoerde verweer kan pas misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen opleveren als het verweer, gelet op de evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan pas sprake zijn als verweerder zijn verweer baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Ook hier past terughoudendheid vanwege art. 6 EVRM.

10. Hoewel wellicht voor de hand liggend, is deze verduidelijking over misbruik van procesrecht inzake de verweerder nuttig. Naar verwachting zal onder KEI (waarin het toernooimodel steeds meer zal worden vervangen door een co-makershipmodel) de waarheidsplicht van art. 21 Rv steeds belangrijker worden. Mogelijk zal er dan eerder sprake zijn van misbruik van procesrecht door eiser of verweerder.

11. Recent heeft de Hoge Raad de achtergrond voor de exclusieve en limitatieve proceskostenregeling nog eens herhaald (HR 15 september 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2366](https://www.eclis.nl/HR/2017/2366)). Deze regeling vindt zijn grond niet in een verplichting tot schadevergoeding, maar in het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen. De proceskostenregeling strekt tot bescherming van de procespartijen, nu hiermee beoogd is dat zij zich niet door vrees voor een veroordeling tot vergoeding van omvangrijke proceskosten van de wederpartij ervan laten weerhouden hun standpunt in een procedure aan de rechter voor te leggen. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad, op grond van de wetsgeschiedenis, dat in deze proceskostenregeling expliciet de woorden “jegens de tegenpartij” zijn opgenomen teneinde te doen uitkomen dat deze regeling niet ziet op het geval dat een benadeelde uit onrechtmatige daad tegen een derde procedeert en dan de vergoeding van de voor hem ter zake van een andere procedure gemaakte kosten vordert. Nu de proceskostenregeling enkel geldt tussen de desbetreffende procespartijen, kan een partij de in die procedure gemaakte kosten verhalen op een derde indien aan de voorwaarden van art. 6:96 BW is voldaan.

E.J.H. Zandbergen, Fermm Advocaten

J.H.L. Damen, Fermm Advocaten