

VERZET OF HOGER BEROEP, DAT IS DE VRAAG

DOOR / DINEKE VAN DAL & CAROLIJN SLEGGERS

Meestal is het helder welk rechtsmiddel tegen een vonnis moet worden ingesteld. Soms blijkt dat niet het geval.

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch had recent een zaak aan de hand waarin het niet zo eenvoudig was vast te stellen welk rechtsmiddel moest worden aangewend. Het hof zag zich zelfs genoodzaakt prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5512 en 21 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1107). Al op 7 juli volgde het antwoord (ECLI:NL:HR:2017:1274). Wat was er aan de hand? A start een procedure tegen X, Y en Z. De inleidende dagvaarding wordt niet in persoon betekend. Z verschijnt in de procedure en weet tijdens de comparitie met A een regeling te treffen. Hierdoor wordt de vordering tegen Z ter comparitie ingetrokken en de procedure doorgehaald. X en

Y verschijnen niet, tegen hen wordt verstek verleend. Bij vonnis van 16 februari 2011 worden X en Y bij verstek veroordeeld tot betaling aan A van een hoofdsom van € 161.350.

Dit vonnis wordt pas op 1 juni 2011 aan X en Y betekend. Vervolgens gaan zij in verzet tegen het verstekvonnis. In die verzetprocedure rijst de vraag of het juiste rechtsmiddel is ingesteld. A stelt zich op het standpunt dat X en Y hoger beroep hadden moeten instellen. De rechtbank oordeelt dat X en Y terecht in verzet zijn gekomen in plaats van hoger beroep in te stellen. Bij eindvonnis d.d. 22 april 2015 vernietigt de rechtbank het vonnis van 16 februari 2011, wijst de vorderingen tegen X af en veroordeelt Y tot betaling aan A van € 61.450 aan hoofdsom. Van verschillende kanten wordt (incidenteel) hoger beroep ingesteld. In dat hoger beroep komt

opnieuw de vraag aan de orde of X en Y tegen het vonnis van 16 februari 2011 het juiste rechtsmiddel hebben aangewend.

BEOORDELINGSKADER

Als een gedaagde bij verstek wordt veroordeeld, geldt als hoofdregel dat deze daartegen verzet kan doen (artikel 143 lid 1 Rv). Dit is ingevolge artikel 335 lid 2 Rv anders in het geval zoals bedoeld in artikel 140 lid 3 Rv.

Artikel 140 lid 1 BW luidt als volgt: 'Zijn er meer gedaagden en is ten minste een van hen in het geding verschenen, dan wordt, indien ten aanzien van de overige gedaagden de voorgeschreven formaliteiten en termijn in acht zijn genomen, tegen deze verstek verleend en tussen de eiser en de verschenen gedaagden voortgeprocedeerd.' Artikel 140 lid ►

3 bepaalt dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd.

Het gevolg hiervan is dat tegen zo'n vonnis voor alle partijen – dus ook voor de niet verschenen partijen – geen verzet maar hoger beroep openstaat. De gedachte achter deze regeling is dat het eindvonnis ten opzichte van alle gedaagden tegelijk wordt gewezen en dat wordt voorkomen dat de daartegen aan te wenden rechtsmiddelen uit elkaar gaan lopen met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen (zie gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, *JBPr* 2014/20, r.o. 3.6).

MOGELIJKE STANDPUNTEN

A betoogt dat als ten minste één van de gedaagden op de inleidende dagvaarding is verschenen, het gewezen vonnis als een vonnis op tegenspraak moet worden beschouwd. Het gevolg van het niet verschijnen staat vast voordat daadwerkelijk een vonnis wordt gewezen. Lopende de procedure kan het karakter daarvan, gelet op de rechtszekerheid, niet veranderen anders dan door het zuiveren van het verstek, aldus A. Tussen alle bij de procedure betrokken partijen is volgens A één vonnis gewezen en de ratio van de wettekst behelst niet alleen het voorkomen van twee rechtsmiddelen (in verschillende instanties tegelijk) tegen hetzelfde vonnis maar ook het voorkomen van ernstige vertragingen in de procedure, die kunnen voorkomen als het karakter van de procedure lopende de procedure wijzigt.

‘De mogelijkheid dat uitspraken tegenstrijdig zijn, is inherent aan het burgerlijk procesrecht’

X en Y stellen zich op het standpunt dat in het geval met de verschenen gedaagde een schikking wordt bereikt waarna de procedure ten

aanzien van die gedaagde wordt doorgehaald, geen vonnis is gewezen tussen alle partijen. Er is sprake van een verstekvonnis, waartegen enkel het rechtsmiddel van verzet openstaat. Er is dan ook geen sprake

van een situatie als bedoeld in artikel 140 lid 3 Rv.

De rechtspraak is verdeeld. Het hof noemt verschillende uitspraken in zijn tussenarrest: gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 september 2007, *JBPr* 2008/22, gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, *JBPr* 2014/20, Rechtbank 's-Gravenhage 19 september 2012, *JBPr* 2013/9 en Rechtbank Zwolle 25 oktober 2006, *JBPr* 2007/90. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in 2007 nog dat voor het karakter van een procedure met meerdere gedaagden bepalend is of ten minste één gedaagde op de inleidende dagvaarding is verschenen. In het karakter van de procedure (verstek of op tegenspraak) komt naar het oordeel van het hof geen wijziging ingeval hangende de procedure met de verschenen gedaagden een regeling wordt getroffen en de zaak wordt doorgehaald. Het genoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden biedt weer aanknopingspunten voor een andere opvatting. In die zaak was tegen de niet verschenen gedaagde vonnis gewezen en ten aanzien van de wel verschenen gedaagde geconstateerd dat de procedure jegens deze partij van rechtswege was geschorst. In dit

geval zijn volgens het hof de voorwaarden van artikel 140 Rv niet vervuld en doet zich ook niet de noodzaak voor om rechtsmiddelen bijeen te houden. De procedures tussen de verschillende gedaagden lopen door de schorsing toch al uit elkaar.

Literatuur is niet overvloedig.

Von Schmidt auf Altenstadt meent dat alleen sprake is van een vonnis op tegenspraak als bij één en hetzelfde vonnis uitspraak wordt gedaan ten aanzien van alle – verschenen en niet verschenen – partijen. Dus in geval van een door de wel verschenen gedaagde getroffen schikking, moet het ten aanzien van alleen de niet verschenen gedaagde uitgesproken veroordelend vonnis worden gekwalificeerd als een verstekvonnis, aldus Von Schmidt auf Altenstadt. Hij baseert zich hierbij op de tekst van artikel 140 Rv (zie Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 140, aant. 5). Van Mierlo/Van Dam-Lely menen dat de procedure in een situatie als het onderhavige haar contradictoire karakter verliest (zie A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Kluwer, Deventer 2003, p. 130). Sijmonsma acht het logisch dat het etiket ‘tegenspraak’ pas kan worden opgeplakt indien sprake is van een vonnis dat tussen alle partijen is gewezen. Deze opvatting vindt volgens Sijmonsma steun in de ratio van (thans) artikel 140 lid 3 Rv: ‘Geen “twee sporenprocedures” meer, maar snelheid en efficiency door het bewandelen van slechts één spoor.’ (zie de noot onder *JBPr* 2007/90). E. Gras schaart zich tot slot achter voornoemde uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (zie de noot onder *JBPr* 2014/20). Volgens Gras is de mogelijkheid dat uitspraken aan elkaar tegenstrijdig zijn, inherent aan het burgerlijk

procesrecht en worden in artikel 140 lid 3 Rv zaken van principieel gehalte opgeofferd – de aanspraak op hoor en wederhoor en zelfs op toegang tot de rechter – aan een doel dat dat niet waard is.

PREJUDICIËLE VRAGEN

Het hof komt er niet uit. Het Hof Den Bosch in de onderhavige zaak meent dat de wettekst, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur aanknopingspunten bieden voor oplossingen in verschillende richtingen. Het hof ziet geen aanwijzingen voor de conclusie dat de wetgever bij de invoering van artikel 140 lid 3 Rv heeft gedacht aan het scenario dat zich hier voordoet. Wellicht is dit scenario niet verdisconteerd in de wetgeving en moet, indien X en Y het verkeerde rechtsmiddel hebben ingesteld, een uitzondering worden aanvaard op de regel dat het onjuist gekozen rechtsmiddel van verzet niet kan worden geconverteerd in het juiste rechtsmiddel van hoger beroep. Onverkorte toepassing van deze regel leidt volgens het hof tot een resultaat dat in de gegeven omstandigheden mogelijk niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM.

Met dit laatste doelt het hof op het in artikel 6 EVRM verankerde recht op toegang tot de rechter. Dit recht mag niet in de kern worden aangetast. Wanneer een lidstaat de mogelijkheid opent om een rechtsmiddel aan te wenden, is inperking van dit

‘De slotsom: X en Y zijn terecht in verzet gekomen’

recht slechts toegestaan indien de inperking een gerechtvaardigd doel dient, proportioneel is én het recht

op toegang tot de (appel)rechter daarvoor niet in de kern wordt aangetast (zie A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie voor HR 18 november 2016, *NJ* 2016/485, onder 2.19, met verdere verwijzingen).

Nadat het hof partijen in de gelegenheid heeft gesteld om zich uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen alsmede over de inhoud daarvan, formuleert het hof de volgende vragen:

1. Moet in een geval als het onderhavige, waarin:
 - a) drie partijen zijn gedagvaard;
 - b) één gedaagde is verschenen;
 - c) twee gedaagden niet zijn verschenen;
 - d) de zaak van de verschenen partij na intrekking van de eis is doorgehaald;
 - e) de rechtbank vonnis wijst in de zaken van de niet verschenen partijen,

het door de rechtbank gewezen vonnis worden aangemerkt als een verstekvonnis of als een vonnis op tegenspraak?

2. Indien het vonnis als een vonnis op tegenspraak moet worden aangemerkt, moet dan een uitzondering worden aanvaard op de regel dat het onjuist gekozen rechtsmiddel van verzet niet kan worden geconverteerd in het juiste rechtsmiddel van hoger beroep?

HOGE RAAD

Gelukkig biedt de Hoge Raad snel duidelijkheid. De Hoge Raad oordeelt kort en bondig dat artikel 140 lid 3 Rv ertoe strekt dat in gevallen waarin een vordering tegen meer gedaagden wordt ingesteld, tussen de eiser(s) en de gedaagden

geen tegenstrijdige vonnissen ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking worden gewezen. Om die reden

staat tegen een tussen ‘alle partijen’ gewezen vonnis slechts hoger beroep open. Daarmee wordt voorkomen dat tegen hetzelfde vonnis zowel een appelprocedure door de verschenen gedaagden, als een verzetprocedure door de niet verschenen gedaagden kan worden gevoerd, met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen.

In een geval echter waarin de verschenen gedaagden, voordat eindvonnis wordt gewezen, niet langer aan de procedure deelnemen (bijvoorbeeld door het treffen van een regeling) en de procedure alleen ten aanzien van de niet verschenen gedaagde(n) wordt voortgezet, zodat het vonnis uitsluitend wordt gewezen tussen de eiser(s) en de niet verschenen gedaagde(n), is artikel 140 lid 3 Rv niet van toepassing. Het risico van tegenstrijdige uitspraken is dan immers niet aanwezig. De Hoge Raad merkt nog op dat dit ook geldt indien al een tussenvonnis is gewezen en de verschenen gedaagden naderhand – voor het eindvonnis – in het geding zijn verdwenen. De A-G was in haar conclusie op deze variant ingegaan en de Hoge Raad heeft hieraan een overweging ten overvloede gewijd. De slotsom: X en Y zijn terecht in verzet gekomen, waardoor de inhoudelijke procedure bij het gerechtshof hervat kan worden. ■

Dineke van Dal en Carolijn Slegers

zijn respectievelijk kennismanager en advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten in 's-Hertogenbosch. Slegers is als behandelend advocaat betrokken bij de procedure zoals in dit artikel omschreven.