

# **CURSUS NEDERLANDS BURGERLIJK PROCESRECHT**

## **Onderdeel: Hoger Beroep in Civiele Zaken**

Door mr K. Frielink

24 juni 2003 van 17.00 - 19.00 uur

### Literatuur

H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, 3<sup>e</sup> druk 2003, 412 blz.

H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 3<sup>e</sup> druk 2002, blz. 219-249 en 283-292.

W.D.H. Asser, *Civiele Cassatie*, AA Privaatrecht Cahiers nr. 13, 2003, 126 blz.

**Uitsluitend het met ingang van 1 januari 2002 geldende recht wordt behandeld, zonder bespreking van overgangsrechtelijke vraagstukken.**

### **1. Inleiding**

Op 1 januari 2002 is de Wet Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken in werking getreden. Hoewel deze wet met name ziet op het procederen in eerste aanleg zijn er ook artikelen die op het hoger beroep betrekking hebben gewijzigd, en zijn er door schakelbepalingen wijzigingen die in het hoger beroep doorwerken. Enkele belangrijke wijzigingen:

- het Gerechtshof is thans met uitsluiting van de Rechtbank de enige rechter in hoger beroep (art. 60 jo 42 jo 47 Wet RO);
- wie de verkeerde rechtsingang gebruikt voor de instelling van hoger beroep (een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding en omgekeerd) wordt niet aanstonds niet-ontvankelijk verklaard, maar krijgt de gelegenheid tot herstel (art. 69 Rv);
- de appèltermijn in kort gedingzaken is verdubbeld tot vier weken (art. 339 lid 2 Rv), en
- de appèltermijn in rekestzaken is verruimd van twee tot drie maanden en gaat in op de dag van de openbare uitspraak (art. 358 lid 2 Rv).

Daarnaast is een (al in de rechtspraak geaccepteerde) rectificatiemogelijkheid ingevoerd voor kennelijke vergissingen in een rechterlijke uitspraak (art. 31 Rv), alsmede de mogelijkheid van aanvulling wanneer een rechter verzuimd heeft enig onderdeel van het gevorderde te behandelen (art. 32 Rv). Een rectificatie kan ambtshalve of op verzoek van een partij geschieden, een aanvulling slechts op verzoek van een partij. In dergelijke gevallen behoeft dus niet het middel van hoger beroep te worden aangewend.

Eén van de hoofdbeginselen van ons BPR is het recht op een feitelijke en juridische behandeling van een zaak in twee instanties (uitzondering: art. 52 Onteigeningswet). Voor het strafrecht geldt dit ook traditioneel en voor het algemeen bestuursrecht recht is dit beginsel in 1994 ingevoerd (Awb). Voor het fiscale recht wordt het beginsel wel door de wetgever aanvaard (art. 60a jo 44 Wet RO), maar tot invoering is het om budgettaire redenen (nog) niet gekomen.

Overigens schrijft het EVRM niet voor dat in civiele zaken de mogelijkheid van hoger beroep bestaat. Bestaat een dergelijke mogelijkheid echter wel, dan zal die aan de waarborgen van art. 6 EVRM (eerlijk proces) moeten voldoen. Zie met betrekking tot boetes overigens het BUPO.

De mogelijkheid om een rechterlijke beslissing in volle omvang in hoger beroep te laten toetsen bevordert het gehalte, de kwaliteit van de rechtspraak, en mede daardoor het vertrouwen van het publiek in die rechtspleging. Dat geldt uiteraard ook voor de mogelijkheid van beroep cassatie.

Het zal dan ook niet licht mogelijk zijn om in kort geding de intrekking van een bodem-procedure te bewerkstelligen op grond van het leerstuk misbruik van procesrecht (Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 1991, NJ 1992, 67).

De belangrijkste functie van het appél is controle en wel tweeërlei

- fouten en onvolkomenheden van rechters kunnen worden verholpen, inclusief onjuiste of minder gelukkige waarderingen van feiten, bewijsstukken en rechtsopvattingen;
- partijen kunnen ook hun eigen fouten en verzuimen corrigeren (bijvoorbeeld door eiswijziging of aanvulling van verweer), en hun feitelijk en juridisch relevante materiaal nader selecteren, uitbouwen en presenteren.

Het gaat dus niet alleen om controle (door hogere rechters op lagere), maar ook om zelfcontrole (door partijen). De Hoge Raad (23 februari 1996, NJ 1996, 395) formuleert het als volgt: *'Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in de eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appél, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak. Daarbij heeft de appélrechter te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.'*

In hoger beroep komt een zaak niet zelden beter uit de verf dan in eerste aanleg. De zaak ligt doorgaans veel overzichtelijker. De rechter in eerste aanleg heeft zijn oordeel geveld, het kaf van het koren gescheiden, en het debat in hoger beroep concentreert zich goeddeels op de houdbaarheid van dat oordeel.

Het hoger beroep is daarnaast een voorsluis voor beroep in cassatie en heeft, zou je kunnen zeggen, ook dezelfde functies als cassatie: bewaking van rechtseenheid (niet ieder Hof zijn eigen opvatting, maar ook geen willekeur), rechtsontwikkeling en rechtsbescherming.

In cassatie gaat het als bekend slechts om een beperkte behandeling van de zaak ter beoordeling van de vraag of de lagere rechter het recht heeft geschonden dan wel vormverzuimen heeft gepleegd (in het bijzonder motiveringsverzuimen). De Hoge Raad oordeelt niet over de feiten, zodat van belang is wat tot 'recht' en wat tot de 'feiten' wordt gerekend (art. 79 Wet RO). De uitleg van een overeenkomst en de inhoud van door de lagere rechter toegepast buitenlands recht worden, behoudens motiveringsgebreken, tot de 'feiten' gerekend, en daarover oordeelt de Hoge Raad dus niet.

Er is niet altijd hoger beroep mogelijk. Bijvoorbeeld niet van uitspraken van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 2:359 BW opent alleen de mogelijkheid van cassatie) of vanwege:

- de geringe waarde van de zaak (minder of gelijk aan € 1750; art. 332 Rv);
- van eindvonnissen in Onteigeningszaken (art. 52 Onteigeningswet) of
- van ontbindingsbeschikkingen wegens gewichtige redenen (art. 7:685 lid 11 BW).

## **2. Appèltermijnen**

De standaard appèltermijn is drie maanden (art. 339 lid 1 Rv). Bijzondere wetten kunnen een kortere termijn voorschrijven: op grond van art. 27 lid 4 Huurwet geldt een termijn van zes weken. Voor een incidenteel appèl geldt dat dit mogelijk is tot aan en bij de gelegenheid van de memorie van antwoord (art. 339 leden 3 en 4 Rv). Een voorbeeld van een langere termijn is art. 341 Rv, dat voorziet in verlenging van de appèltermijn ten gunste van de erfgenamen van een hangende de appèltermijn overleden procespartij.

De appèltermijn begint te lopen op de dag van de uitspraak van het vonnis (art. 339 lid 1 Rv). De dag dat de termijn verloopt mag volledig worden meegerekend. Bij een appèltermijn van drie maanden en een uitspraak gedaan op 28 juli, loopt de appèltermijn van 28 juli tot en met 28 oktober van datzelfde jaar.

De wet spreekt over kalendermaanden. Is het vonnis uitgesproken op 31 augustus, dan loopt de appèltermijn af op 30 november (en niet op 1 december). Betreft de laatste dag een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag, dan wordt de termijn verlengd tot de eerstvolgende dag die niet een zodanige dag is (art. 1 lid 1 Algemene Termijnenwet).

Onduidelijk is wat het lot is van de appellant die één dag (of enkele dagen) vóór de uitspraak in hoger beroep gaat...

Verzuimt de appellant de dagvaarding in hoger beroep tijdig op de rol te doen inschrijven, dan kan hij dat verzuim herstellen door *binnen* veertien dagen na de in de dagvaarding genoemde roldatum (behoudens instemming van de wederpartij met een langere termijn) een herstelexploît uit te brengen, met inachtneming van de geldende dagvaardingstermijn. Wordt het exploit pas na vijftien dagen uitgebracht, dan volgt niet-ontvankelijkheid (vgl. HR 17 september 1993, NJ 1993, 741). Overigens kunnen beide partijen de dagvaarding in hoger beroep doen inschrijven (art. 353 jo 127 Rv) en kunnen ook beide partijen genoemd herstelexploît (doen) uitbrengen (art. 353 jo 125 lid 2 Rv).

## **3. Ontvankelijkheid in hoger beroep**

### Voldoende belang

Geen belang, geen actie (art. 3:303 BW). Deze regel geldt in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep en in cassatie. De appèlrechter is gehouden ambtshalve te onderzoeken of er voldoende belang is bij een actie. Is dat niet het geval dan volgt niet-ontvankelijkheid.

Een uitspraak van een lagere rechter wordt door de Hoge Raad niet vernietigd na grondbevinding van een cassatiemiddel, indien die uitspraak afgezien van de motivering toch niet een beter resultaat voor de betrokken eiser in cassatie zou opleveren en deze bij de vernietiging derhalve onvoldoende belang heeft (HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 323).

Een partij die spijt krijgt van een toewijzing van haar vordering in eerste aanleg, kan wegens gebrek aan belang daartegen niet in hoger beroep opkomen, ook niet door middel van een eisvermindering. In het verleden speelde dit bij echtscheidingszaken (destijds –voor 1 januari 1993– nog dagvaardingsprocedures).

In zijn algemeenheid zal een partij echter voldoende belang bij het hoger beroep hebben, indien deze zijn eis wil vermeerderen of veranderen. Ook wanneer een partij uitsluitend in hoger beroep gaat om aan een proceskostenveroordeling te ontkomen, zal er doorgaans voldoende belang aanwezig zijn.

Het voldoende belang kan (afgezien van de proceskostenveroordeling) ontbreken wanneer het dictum in eerste aanleg geen veroordeling bevat, of een in eerste aanleg opgelegde maatregel inmiddels beëindigd is (dat zal doorgaans bij kort gedingprocedures

spelen). Onzeker is of principieel belang bij een uitspraak (bijvoorbeeld ter voorkoming van precedentwerking) een voldoende belang oplevert.

#### Waarde van de vordering

De appellant wordt niet-ontvankelijk verklaard wanneer het belang van de vordering waarover de rechter in eerste aanleg had te beslissen niet meer dan € 1750 bedraagt (art. 332 Rv).

Afstand van recht en cessie van een deel van de vordering verminderen de financiële waarde. Wordt een vordering van € 15.000 tijdens de procedure in eerste aanleg tot € 1500 verminderd, dan staat geen hoger beroep meer open. In het omgekeerde geval wordt hoger beroep alsnog mogelijk.

Worden in één procedure vorderingen tegen meerdere partijen ingesteld, dan moeten die voor de vraag of hoger beroep openstaat afzonderlijk worden gezien (subjectieve cumulatie).

Wanneer in één procedure meerdere vorderingen tegen één gedaagde worden ingesteld, een uit onrechtmatige daad ad € 800 en een vordering uit hoofde van wanprestatie terzake van een koopovereenkomst ad € 1600, dan mogen deze bedragen worden opgeteld en staat hoger beroep open (art. 332 lid 2 Rv).

Wordt een vordering in reconventie ingesteld dan mag de waarde daarvan bij de vordering in conventie worden opgeteld voor de vraag of hoger beroep mogelijk is, behoudens wanneer deze vorderingen gesplitst worden afgedaan (art. 332 lid 3 Rv).

Wat ingeval van een voorwaardelijke eis in reconventie, waarbij de voorwaarde is de (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering in conventie, welke echter wordt afgewezen? Aan de beoordeling van de reconventionele vordering komt de rechter dan niet toe. Verdedigbaar is dat de vordering in reconventie dan niet meetelt voor de vraag of hoger beroep mogelijk is (Hof Amsterdam 2 mei 1952, NJ 1952, 732).

Nevenvorderingen (contractuele en wettelijke rente, proceskosten en -zie art. 611h Rv-dwangsommen) blijven buiten beschouwing bij het bepalen van de waarde van de vordering. De verschuldigde en gevorderde rente over de hoofdsom tot de dag van dagvaarding in eerste aanleg (respectievelijk de dag van instelling van de reconventionele vordering) dient wel meegerekend te worden (artt. 93 aanhef en sub a en 332 lid 1 Rv). Voor de andere nevenvorderingen die reeds ten tijde van de dagvaarding in eerste aanleg (respectievelijk het moment van instellen van de reconventionele vordering) zijn verschuldigd geldt hetzelfde.

Overigens staat tegen een non-appellabel vonnis wel beroep in cassatie open.

#### Eindvonnissen en gedeeltelijke eindvonnissen

Een eindvonnis is een vonnis waarin *in het dictum* omtrent al hetgeen ten gronde is gevorderd uitdrukkelijk een einde wordt gemaakt. Voorbeeld: Y vordert ontbinding van een koopovereenkomst en deze wordt in het dictum afgewezen.

Van een gedeeltelijk eindvonnis is sprake wanneer aan het proces omtrent enig deel van het ten gronde gevorderde wel en omtrent een ander deel niet in het dictum uitdrukkelijk een einde wordt gemaakt. Voorbeeld: Y vordert nakoming van een verbintenis en schadevergoeding. De gedaagde beroept zich voor wat betreft de ontbinding op verjaring. Dat beroep wordt door de rechter in het dictum gehonoreerd, terwijl Y terzake van de vordering tot schadevergoeding een bewijsopdracht krijgt. Van een (gedeeltelijk) eindvonnis moet op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen de appèltermijn hoger beroep worden ingesteld: in de regel dus binnen drie maanden. Van een gedeeltelijk eindvonnis kan men na het verstrijken van de appèltermijn niet ter gelegenheid van een

hoger beroep tegen een later vonnis in dezelfde zaak in hoger beroep gaan. Er is voor het hoger beroep uiteraard geen rechterlijk verlot vereist.

Mag de appellant die van een gedeeltelijk eindvonnis appelleert ook de tussenvonnis component in zijn hoger beroep betrekken, ook zonder het voorgeschreven verlot ex art. 337 lid 2 Rv? Waarschijnlijk wel, zolang hij maar niet volstaat met grieven tegen uitsluitend de tussenvonniscomponenten. Dat laatste zal tot niet-ontvankelijkheid leiden. De rechter kan er dus verstandig aan doen, indien hij geen tussentijds hoger beroep wil, om geen gedeeltelijk eindvonnis te wijzen, maar een tussenvonnis met een of meer eindbeslissingen.

Onzeker is overigens of de geïntimeerde zonder verlot incidenteel mag appelleren tegen alleen de tussenvonniscomponenten en dus niet tegen het eindvonnis. Appelleert hij incidenteel tegen het eindvonnis, dan mag hij ook incidenteel appelleren tegen de tussenvonniscomponenten.

#### Tussenvonnissen

Van provisionele tussenvonnissen (art. 223 Rv; waarbij een voorlopige voorziening -bijvoorbeeld een voorschot- wordt getroffen) is tussentijds hoger beroep mogelijk (art. 337 lid 1 Rv). Andere tussenvonnissen:

- het interlocutoire (vonnis tot bewijslevering) en
- incidentele (voeging, tussenkomst: artt. 217-219 Rv),

zijn slechts vatbaar voor tussentijds appel (dus voordat het eindvonnis is gewezen), indien de rechter in eerste aanleg dit bepaalt (art. 337 Rv). Heeft de rechter dit niet bepaald en wordt toch hoger beroep ingesteld, dan volgt niet-ontvankelijkheid.

De rechtbank kan bijvoorbeeld als volgt haar verlot motiveren:

*'In de omstandigheid dat hetgeen ter zake van de vordering in conventie uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is overwogen moet leiden tot afwijzing van die vordering, vindt de rechtbank aanleiding hoger beroep van dit tussenvonnis toe te staan.'*

Het vonnis tot afwijzing van een incidentele conclusie van een derde tot voeging of tussenkomst, geldt voor die derde als eindvonnis. De derde heeft dus niet de toestemming van de rechter om in hoger beroep te gaan. {Een persoon kan zich overigens ook eerst in appel voegen of voor het eerst in appel tussenkomen (HR 8 december 2000, NJ 2001, 55).}

Een vonnis houdende relatieve onbevoegdverklaring mét verwijzing is een tussenvonnis waartegen geen hoger beroep mogelijk is, evenmin als tegen het vonnis houdende verwerping van een beroep op onbevoegdheid (art. 110 lid 3 Rv). De rechter kan hier ook geen hoger beroep toestaan. Een vonnis houdende relatieve onbevoegdverklaring zonder verwijzing is een eindvonnis, waartegen hoger beroep mogelijk is.

Van een tussenvonnis is overigens slechts hoger beroep mogelijk, indien ook het eindvonnis in de betreffende zaak appellabel is (vgl. HR 15 september 2000, NJ 2000, 630: de rechter had in een tussenvonnis reeds zijn bevoegdheid aangenomen). Is tussentijds appel niet mogelijk of wordt die mogelijkheid niet benut, dan is hoger beroep mogelijk ter gelegenheid van een later wel appellabel vonnis in diezelfde zaak.

Uiteraard mag op straffe van niet-ontvankelijkheid maar één keer hoger beroep tegen een (tussen)vonnis worden ingesteld, tenzij de appellant in dit eerste hoger beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard. De wederpartij kan in een later stadium wel een eerder tussenvonnis, waartegen is geappelleerd, in haar hoger beroep betrekken, omdat zij niet gedwongen is zelfstandig een tussentijds hoger beroep in te stellen noch in het tussentijdse appel incidenteel te appelleren.

Bevat een tussenvonnis dus een eindbeslissing, die in een later vonnis in het dictum uitmondt in een afwijzing van de vordering, terwijl een tegen dat tussenvonnis ingesteld

hoger beroep wordt afgewezen, dan kan op dit punt niet tegen het eindvonnis in beroep worden gekomen (HR 9 mei 2003, NJB 22/2003, nr. 92, p. 1142).

#### Termijn voor instellen hoger beroep

Of binnen de appèltermijn is geappelleerd moet door de appèlrechter ambtshalve worden onderzocht. Beroepstermijnen zijn van openbare orde. Was de termijn reeds verstreken dan wordt de appellant niet-ontvankelijk verklaard.

Soms moeten op straffe van niet-ontvankelijkheid nadere handelingen worden verricht naast het tijdig uitbrengen van de appèldagvaarding: zo moet de appèldagvaarding binnen acht dagen na het instellen van het beroep zijn ingeschreven in het griffieregister (art. 433 Rv) in onder andere zaken op grond van art. 3:27 lid 2 BW (declaratoir over een recht op een registergoed), art. 3:29 lid 3 BW (declaratoir strekkende tot waarde-loosheid van een inschrijving in de openbare registers) en art. 3:301 lid 2 BW (reëel te executeren uitspraak in plaats van een transport akte). Heeft de inschrijving binnen acht dagen niet plaatsgevonden en is de appèltermijn nog niet verstreken, dan kan dit verzuim worden hersteld door middel van een herstelexploit gevolgd door een tijdige inschrijving.

#### Partij-complicaties

Wordt het hoger beroep ingesteld door of tegen de verkeerde persoon, dan volgt niet-ontvankelijkheid, welke zo nodig ambtshalve dient te worden uitgesproken. De hoedanigheid van een procespartij is immers een aangelegenheid van openbare orde.

Art. 332 Rv brengt mee dat slechts partijen bij de procedure in eerste aanleg appèl kunnen instellen en ook slechts deze partijen in appèl kunnen worden gedagvaard. Appèl is uitsluitend tegen een wederpartij uit de eerste aanleg toegestaan. Wordt een appèl tegen een mede-eiser of medegedaagde uit de eerste aanleg ingesteld, dan volgt niet-ontvankelijkheid.

Zie verder bij par. 6 hierna inzake partij-complicaties.

#### Eis in reconventie

Een procespartij kan niet voor het eerst in hoger beroep een eis in reconventie (een tegeneis) instellen. Dit leidt tot niet-ontvankelijkheid (art. 353 lid 1 Rv).

### **4. Procedure in hoger beroep**

Grofweg bestaat de appèlprocedure in dagvaardingszaken uit een appèldagvaarding, een conclusie van eis in hoger beroep (meestal memorie van grieven genoemd) en een memorie van antwoord, eventueel gevolgd door pleidooi. Ter gelegenheid van de memorie van antwoord kan incidenteel worden geappelleerd, waarna daarop nog een memorie van antwoord in incidenteel appèl mag worden genomen.

Daarnaast zijn nog aktes denkbaar, bijvoorbeeld een akte uitlating producties van appellant wanneer de geïntimeerde ter gelegenheid van zijn memorie van antwoord producties in het geding brengt. Aan een dergelijke akte wordt de eis gesteld dat die zich daadwerkelijk tot uitlatingen met betrekking tot deze producties beperkt en niet de vorm van een verkapte conclusie aanneemt.

#### Appèldagvaarding

De appèldagvaarding behoeft niet de middelen (grieven) tegen de bestreden uitspraak te bevatten (art. 343 Rv). De appèldagvaarding wordt wel als een 'noodverband' aange-merkt: een noodzakelijke stap om bij de appèlrechter uit te komen. In de memorie van grieven kan dat appèl fors worden uitgebouwd met een beroep tegen één of meer andere (onderdelen) van (tussen)vonnissen dan genoemd in de appèldagvaarding. Wordt bij de dagvaarding alleen tegen het tweede tussenvonnis appèl ingesteld, dan kan bij de memorie van grieven ook het eerste tussenvonnis bij het hoger beroep worden betrokken.

Idem als het gaat om een hoger beroep tegen een vonnis in conventie: de reconventie kan er later bij betrokken worden.

Het is dus van belang om, wanneer voor een geïntimeerde wordt opgetreden en verstek laten gaan wordt overwogen, er rekening mee te houden dat de appellant het appèl bij zijn memorie van grieven kan uitbouwen.

Worden noch in de appèldagvaarding noch in de memorie van grieven bezwaren tegen de uitspraak in eerste aanleg aangevoerd, dan wordt de appellant ambtshalve niet-ontvankelijk verklaard. Volstaan mag echter worden met het herhalen van de stellingen uit de eerste aanleg, zolang daaruit maar een duidelijk bezwaar tegen de bestreden uitspraak is af te leiden, dat wil zeggen, duidelijk is op welke grond(en) appellant de uitspraak vernietigd wil zien. Grieven kunnen achterwege blijven ingeval de appellant een omissie uit de eerste aanleg wil herstellen, bijvoorbeeld door zijn eis in hoger beroep te wijzigen.

#### Betekening

De dagvaarding kan worden betekend aan het kantoor van de advocaat, procureur of deurwaarder (art. 63 Rv) bij wie in eerste aanleg domicilie is gekozen. Aan betekening-perikelen ga ik hier voorbij.

#### Dagvaarding of verzoekschrift

Vuistregel is dat tegen een vonnis appèl wordt ingesteld bij dagvaarding en tegen een beschikking bij verzoekschrift.

*Wettelijke uitzondering:* faillietverklaring wordt bij vonnis uitgesproken (artt. 4 lid 4 en 15 lid 1 Fw), maar het hoger beroep daartegen wordt bij verzoekschrift ingesteld (art. 8 lid 4 Fw).

*Jurisprudentiële uitzonderingen (betreffen rechterlijke fouten):* heeft de rechter in eerste aanleg zijn uitspraak bij beschikking gedaan terwijl dat een vonnis had moeten zijn, dan moet hoger beroep door middel van een dagvaarding worden ingesteld en vice versa. Met ingang van 1 januari 2002 leidt een verkeerde keuze echter niet meer tot niet-ontvankelijkheid: op grond van art. 69 lid 1 Rv zal de appèlrechter de mogelijkheid tot herstel bieden. Het oorspronkelijke tijdstip van aanhangigheid van het appèl blijft gehandhaafd.

Wanneer voor de geïntimeerde wordt opgetreden, moet worden beoordeeld of er wel of niet incidenteel appèl zal worden ingesteld. Stel dat de geïntimeerde een voor hem 100% gunstig dictum van de eerste rechter heeft gekregen, maar bezwaar heeft tegen het geheel of gedeeltelijk niet behandelen of afwijzen van de door hem aangevoerde gronden. In beginsel zal de appèlrechter bij gegrondbevinding van een grief van de appellant ambtshalve ook in eerste aanleg behandelde of verworpen stellingen van geïntimeerde moeten onderzoeken (devolutieve werking), zodat hij niet incidenteel hoeft te appelleren. Maar ook al is dat zo, kan het dan niet toch verstandig zijn voor geïntimeerde om een voorwaardelijk incidenteel appèl in te stellen?

Daartegen pleit dat het procesrechtelijk onnodig is. Negeert de appèlrechter de in eerste aanleg verworpen stelling, dan heeft de geïntimeerde op voorhand een gewonnen cassatiezaak. Maar daarvoor pleit dat de geïntimeerde niet op nog een instantie zit te wachten: dat kost tijd en geld. Voorwaardelijk incidenteel appèl biedt bovendien de mogelijkheid om een in eerste aanleg onbehandelde of verworpen stelling nog wat overtuigender naar voren te brengen (dat kan vermoedelijk geen kwaad gezien het feit dat de stelling tenminste voor één rechterlijke instantie niet overtuigend was). Voor incidenteel appèl is in ieder geval geen vast recht verschuldigd (art. 3 lid 2 Wet tarieven in burgerlijke zaken).

### Bijzonder petitum

Heeft degene die beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg instelt reeds geheel of gedeeltelijk aan de veroordeling voldaan (bijvoorbeeld de voldoening van een geldsom), dan kan hij in het petitum van de dagvaarding in hoger beroep naast de vernietiging van de bestreden uitspraak tevens de verrichte prestatie wegens onverschuldigde betaling terugvorderen en aldus een executoriale titel verwerven. Dit is geen eis in reconventie, maar een sequeel van de vordering tot vernietiging. Niet kan langs deze weg een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige executie worden ingesteld.

### Incidenteel appèl

Incidenteel appèl kan worden ingesteld (al dan niet voorwaardelijk) ter gelegenheid van de memorie van antwoord, maar ook bij akte voorafgaand aan of tegelijk met de memorie van antwoord. Dat kan dus ook nadat de termijn voor principaal appèl is verlopen.

Het incidenteel appèl wordt behandeld ongeacht het lot van het principaal appèl, tenzij het principaal appèl strandt op nietigverklaring van de appèldagvaarding dan wel niet binnen de appèltermijn is ingesteld. Vroeger was er een veel sterkere afhankelijkheid van het incidenteel appèl ten opzichte van het principaal appèl: het niet behandelen van het principaal appèl betekende dat ook het incidentele appèl niet kon worden behandeld.

Als de appellant alleen tegen de uitspraak in reconventie appèl instelt, mag de geïntimeerde in zijn incidenteel appèl ook de uitspraak in reconventie betrekken, ongeacht of er materiële samenhang tussen die twee bestaat. Hetzelfde geldt voor wat betreft tussenvonnissen, als alleen tegen het eindvonnis is geappelleerd.

## **5. Devolutieve werking van het hoger beroep**

### Grievensstelsel

Appellant heeft het grotendeels zelf in de hand welke beslissingen van de rechter in eerste aanleg de appèlrechter mag beoordelen. Dit wordt ook wel het grievensstelsel genoemd. Dit komt er op neer dat de appèlrechter gebonden is aan eindbeslissingen van de rechter in eerste aanleg, voor zover deze niet worden aangevallen met een behoorlijk in het appèlgeding naar voren gebrachte grief.

Verdedigbaar is echter dat ingeval van kennelijke misslagen die vatbaar zouden zijn voor rectificatie door de rechter die de misslagen heeft gemaakt, deze ook zonder een daartoe strekkende grief door de appèlrechter mogen worden hersteld.

Als de rechtbank in eerste aanleg uitdrukkelijk en zonder voorbehoud beslist dat de gedaagde geen wanprestatie heeft gepleegd en dat eiser bovendien geen schade heeft geleden, dan moeten tegen beide eindbeslissingen grieven worden aangevoerd wil de appèlrechter tot enige toewijzing kunnen komen. Er wordt ook wel gesproken over de leer van de bindende eindbeslissingen.

De appellant kan in beginsel niet bij een latere gelegenheid dan de memorie van grieven nieuwe grieven aanvoeren, ook niet als die grieven nieuwe feiten of wettelijke betreffen, tenzij de wederpartij daarmee instemt. Door middel van zijn grieven maakt een appellant aan de appèlrechter en de wederpartij duidelijk op welke gronden hij vernietiging van de bestreden uitspraak wenst.

### Devolutieve werking appèl

De devolutieve werking van het appèl houdt in dat de behandeling van een zaak door de instelling van appèl geheel wordt afgewenteld op de appèlrechter.

Het grievensstelsel vormt daarop een uitzondering, in die zin, dat daardoor de grenzen van de rechtsstrijd in appèl worden bepaald. Dat wordt de negatieve zijde van de devolutieve werking genoemd.



Er is ook een positieve zijde: in eerste instantie niet behandelde of verworpen stellingen of weren moeten door de appèlrechter (ambtshalve) worden behandeld, wanneer deze door gegrondbevinding van één of meer grieven relevant worden voor het bepalen van het uiteindelijke dictum in het appèl. Bovendien is verandering of vermeerdering van eis of aanvulling van verweer in appèl mogelijk.

Wanneer in eerste aanleg de eiser een tweetal leerstukken aan zijn vordering ten grondslag legt, wanprestatie en onrechtmatige daad, terwijl de vordering op grond van onrechtmatige daad wordt toegewezen, dan zal wanneer een daartegen gerichte grief gegrond wordt bevonden, de appèlrechter de vordering niet zomaar mogen afwijzen. Hij zal, tenzij deze grondslag is prijsgegeven, (zonodig amtsshalve) dienen te onderzoeken of toewijzing op grond van wanprestatie mogelijk is. De rechtsstrijd wordt dus tot buiten de grief uitgebreid en het is verstandig om daar rekening mee te houden en zonodig aanvullende argumenten pro en contra te noemen.

Het is dus voor de geïntimeerde, die in eerste aanleg in het gelijk is gesteld, niet noodzakelijk om incidenteel appèl in te stellen. De appèlrechter zal niet alleen de stellingen van de geïntimeerde uit de eerste aanleg zonodig amtsshalve moeten beoordelen, maar ook door de rechter in eerste aanleg als vaststaand aangenomen feiten. De geïntimeerde behoeft daartegen dus geen grief te richten, maar mag dat wel. Hij hoeft niet bevreesd te zijn op grond van art. 3:303 BW niet-ontvankelijk te worden verklaard (HR 10 juni 1988, NJ 1989, 30).

De positie van de appellant is anders. Voert hij in eerste aanleg twee gronden aan voor een vordering tot schadevergoeding, terwijl zijn vordering wordt afgewezen met verwerping van slechts één van die gronden, terwijl de andere niet wordt besproken, dan zal hij in appèl moeten klagen over het niet-behandelen van die andere grondslag wil de appèlrechter aan de behandeling daarvan toekomen. De appellant wil immers een ander dictum en de vraag of een partij een ander dictum wil is van belang voor de vraag of er wel of niet (incidenteel) appèl moet worden ingesteld.

## **6. Partij-complicaties**

Vergeet een appellant één of meer wederpartijen in hoger beroep te dagvaarden en is de appèltermijn verstreken, dan is herstel met behulp van een herstelexploit niet meer mogelijk. Voor het verstrijken van de termijn kan de vergeten persoon nog wel worden gedagvaard.

De hoofdregel van art. 332 Rv brengt mee dat slechts partijen bij de procedure in eerste aanleg appèl kunnen instellen en ook slechts deze partijen in appèl kunnen worden gedagvaard. Op deze hoofdregel bestaan enkele uitzonderingen, waarbij met name de gevallen van rechtsopvolging van partijen belangrijk zijn.

### Overlijden procespartij

Het overlijden van een procespartij hangende de appèltermijn is geregeld in art. 341 Rv: dit artikel voorziet in verlenging van de appèltermijn ten gunste van de erfgenamen (en andere rechtverkrijgenden) van een hangende de appèltermijn overleden procespartij. De rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel (w.o. de legataris, bijvoorbeeld een vruchtgebruiker) worden partijen in het appèl. Zij zijn het die op straffe van niet-ontvankelijkheid als appellanten moeten dagvaarden of als geïntimeerden moeten worden gedagvaard. Wie in appèl een inmiddels overleden wederpartij uit de eerste aanleg dagvaardt, zal wel ontvankelijk zijn in het appèl, indien hij niet tijdig van het overlijden op de hoogte was en kon zijn.

### Rechtsopvolging bij einde rechtspersoon

Als een rechtspersoon ophoudt te bestaan (bijvoorbeeld een verdwijnende vennootschap bij een juridische fusie), dan kan de rechtsopvolger het geding onder eigen naam voortzetten en behoeft de oorspronkelijke procespartij het geding niet meer voort te

zetten (HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 63). Hoger beroep dient op straffe van niet-ontvankelijkheid dan ook door of tegen de rechtsopvolger te worden ingesteld.

Is sprake van een evidente vergissing (de oorspronkelijke procespartij wordt genoemd, maar de rechtsopvolger wordt bedoeld), en is dat kenbaar voor de wederpartij, dan zal - zeker bij het verschijnen van de rechtsopvolger- de niet-ontvankelijkheid niet worden uitgesproken.

#### Andere gevallen van opvolging

Hangende de appèltermijn kan de vordering van de crediteur of de verbintenis van de debiteur op een derde overgaan zonder dat er sprake is van het overlijden of einde van een procespartij.

Stel dat de appellant zijn vorderingsrecht, waarvan hij nakoming vordert, aan een derde heeft overgedragen, dan dient de vordering hem (alsnog) te worden ontzegd. Hij kan wel belang hebben bij een hoger beroep, bijvoorbeeld bij een declaratoir dat de door hem overgedragen vordering bestaat of om een proceskostenveroordeling ongedaan te maken. Zijn vorderingsrecht heeft hij niet meer, maar zijn rechtsvordering nog wel.

En hoe zit het met de cessionaris (degene aan wie het vorderingsrecht is overgedragen)? Vond de overdracht hangende de appèltermijn plaats en was de vordering in eerste aanleg geheel of gedeeltelijk afgewezen, dan kan de cessionaris zelfstandig tegen die uitspraak in hoger beroep komen. Hij wordt dan als partij bij de procedure in eerste aanleg aangemerkt (HR 8 juni 1973, NJ 1974, 76).

Met de cessionaris wordt de aspirant-cessionaris gelijkgesteld. De aspirant-cessionaris moet dan wel kunnen aantonen hangende de appèltermijn een titel tot levering van een vordering te hebben verkregen (akte van cessie), en daarbij aangeven dat hij bij gebreke van een mededeling van de cessie aan de debitor cessus (vgl. art. 3:94 lid 1 BW) nog geen rechthebbende is geworden (HR 11 september 1996, NJ 1997, 177): de Hoge Raad overwoog daarbij dat de mededeling binnen een redelijke tijd nadat beroep was ingesteld had plaatsgevonden. Deze zinsnede is niet geheel duidelijk. De enkele titel voor een cessie (een contractuele verplichting om te cederen) lijkt in ieder geval niet voldoende.

Van de gewone cessie moet die ter incasso worden onderscheiden. Wanneer een pseudo-cessionaris ten behoeve van een pseudo-cedent op eigen naam een vordering mag incasseren, dan mag de pseudo-cessionaris wel het vorderingsrecht uitoefenen, maar verkrijgt hij niet de aanspraak waarop het vorderingsrecht ziet.

Rechtsopvolging aan de zijde van de debiteur is ook mogelijk. De verplichtingen van een VOF als BV i.o. gaan na de oprichting van de BV gevolgd door bekrachtiging (art. 2:203 BW) op de BV over. Als dit hangende de appèltermijn gebeurt dan kan de wederpartij die in hoger beroep gaat de BV als opvolgende procespartij in rechte betrekken. De VOF bestaat niet meer.

#### De staat van een procespartij

Indien een procespartij voor het instellen van hoger beroep meerderjarig wordt, dan kan het appèl niet meer door of tegen zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) (de formele procespartij(en)) worden ingesteld. In dat geval volgt niet-ontvankelijkheid. Een uitzondering bestaat als redelijkerwijs bij het uitbrengen van de dagvaarding geen rekening kon worden gehouden met het meerderjarig worden van de betrokkene (bijvoorbeeld door een huwelijk).

Voor ouders die per ongeluk in appèl gaan voor hun inmiddels meerderjarige kind is er een oplossing wanneer zij tijdens de appèlprocedure een volmacht overleggen die voorziet in hun optreden als formele procespartij vanaf het moment dat hun wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid eindigde (HR 20 november 1987, NJ 1988, 279).

Een partij kan hangende een procedure failliet worden verklaard. Art. 23 Fw bepaalt dat de curator te allen tijde bevoegd is een proces van de failliet over te nemen. Dat betekent dat de curator ook bevoegd is tot het instellen van een rechtsmiddel. En voor zover de curator dat doet, kan de failliet terzake niet in zijn beroep worden ontvangen (HR 11 januari 2002, RvdW 2002, 17). Een exploit terzake van een hoger beroep kan door of tegen de failliet zelf worden uitgebracht, waarna de curator het geding alsnog kan overnemen.

#### Exceptio plurium litis consortium

Wanneer sprake is van ondeelbaarheid van de rechtsverhouding, is het rechtens noodzakelijk dat de uitspraak tegen alle betrokkenen gelijklopend is (HR 26 maart 1993, 1993, 489). Vereist is dan dat alle betrokkenen (in casu alle erfgenamen) procespartij zijn. Wanneer dat niet het geval is dan leidt zulks tot niet-ontvankelijkheid. Naar Nederlands recht is dit een verweer ten principale (rechtbank Almelo 2 mei 1962, NJ 1963, 140) en geen echte exceptie (zoals de exceptie van onbevoegdheid): die zien immers op regels van zuiver processuele aard die de rechtsbetrekking zelf niet raken.

Zie voor ondeelbaarheid van de rechtsverhouding bijvoorbeeld art. 3:218 BW (inzake rechthebbende en de vruchtgebruiker) en art. 3:245 BW (tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed, is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen). Een vordering tot vernietiging van een rechtshandeling moet worden ingesteld tegen alle partijen bij die rechtshandeling; dat geldt ook voor een declaratoir inzake een buitengerechterlijke vernietiging. Gebeurt dat niet dan volgt niet-ontvankelijkheid. Dit is bijvoorbeeld van belang wanneer de actio Pauliana wordt ingesteld: alle partijen bij het litigieuze contract moeten in rechte worden betrokken. Ander voorbeeld: de ontbinding van één huurovereenkomst met meerdere huurders.

Voor de betrokkenheid van een gemeenschap wordt gewezen op art. 3:171 BW: iedere deelgenoot is bevoegd om ten behoeve van een gemeenschap vorderingen in te stellen. Een uitspraak heeft ook bindende kracht voor de overige deelgenoten. Hoewel sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, is de werking van de exceptie met deze bepaling in dit opzicht uitgesloten. Een derde die tegen de gemeenschap wil procederen, moet overigens wel alle deelgenoten in die procedure betrekken.

De exceptie houdt dus in dat de eiser in eerste aanleg of de appellant in hoger beroep één of meer andere partijen als procespartij in die zaak had moeten betrekken, hetzij aan zijn eigen zijde, hetzij aan de andere zijde. Het is niet mogelijk om de ontbrekende partijen separaat te dagvaarden en vervolgens voeging te bewerkstelligen, omdat sprake blijft van twee verschillende zaken (HR 21 mei 1999, NJ 2000, 291).

Stel dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, maar van de vier eisers uit de eerste aanleg gaan er twee niet in beroep. De exceptie kan dan niet worden gehonoreerd, maar de uitspraak in appèl heeft echter wel (aangezien de rechtsverhouding ondeelbaar is) rechtskracht ten opzichte van de niet in appèl betrokken partijen. Wordt één van de wederpartijen ten onrechte niet in het hoger beroep betrokken, dan wordt de exceptie wel gehonoreerd en volgt niet-ontvankelijkheid.

## **7. Aanvullen van gronden**

Art. 25 Rv verplicht de rechter om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen en art. 24 Rv verbiedt hem ambtshalve feitelijke gronden aan te vullen. Voor feiten van algemene bekendheid geldt dit verbod niet (art. 149 lid 2 Rv).

Subjectieve rechten (iemand is eigenaar van een woonhuis) zijn geen objectief recht, maar vormen feiten die als zodanig aan een vordering of verweer ten grondslag moeten worden gelegd. De (appèl)rechter kan ook niet ambtshalve ten gunste van een partij een overeenkomst ontbinden of vernietigen: dat moet hem worden verzocht. Ook de verjaring van een vordering moet door de belanghebbende partij zijn aangevoerd en kan niet

ambtshalve door de rechter worden toegepast. Het is de (appèl)rechter derhalve verboden dergelijke feitelijke gronden amtsshalve aan te vullen.

De appèlrechter mag ook niet tot amtsshalve aanvulling van rechtsgronden overgaan, wanneer het gaat om een eindbeslissing van de eerste rechter waarin deze grond reeds is geëlimineerd, terwijl daartegen geen grief is gericht. Dat neemt niet weg dat de appèlrechter een grief onder omstandigheden ruim kan uitleggen en daarin bezwaren tegen die eindbeslissing besloten acht.

Buiten de grenzen van de rechtsstrijd (grievensstelsel) mag en moet de appèlrechter amtsshalve rechtsgronden aanvullen wanneer die van openbare orde zijn. Daarvan is zelden sprake. Het gaat hier om 'superdwingend' recht: dwingend recht van openbare orde. Een wettelijk vormvoorschrift voor opzegging van een huurovereenkomst met betrekking tot woonruimte betreft dwingend recht, maar is niet van openbare orde, zodat als de huurder daarop geen beroep doet, de (appèl)rechter dit voorschrift niet amtsshalve aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen. Wel van openbare orde is art. 5 EVRM met betrekking tot de maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoeding wegens onrechtmatige vrijheidsberoving: de appèlrechter is verplicht zonodig buiten de grieven om te onderzoeken of de vordering op de daaraan ten grondslag gelegde feiten toewijsbaar is (HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524). Wordt nakoming van een onzedelijke overeenkomst gevorderd (betaling geldsom aan een chanteur), terwijl de gedaagde zich alleen verweert tegen de hoogte van het bedrag, dan moet de rechter de vordering integraal afwijzen wegens nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met de goede zeden of openbare orde (art. 3:40 BW).

Stel dat de appèlrechter een rechtsbeslissing wil nemen die partijen, gelet op hetgeen zij hebben aangevoerd, absoluut niet verwachten. Moet de appèlrechter partijen dan eerst de gelegenheid geven zich over dat onderwerp een voorlopig oordeel te vormen of mag hij die beslissing reeds aanstonds nemen? In beginsel geldt dat laatste. Dat is echter anders wanneer zich een relevante rechtswijziging voordoet op grond van wetgeving of jurisprudentie die is gepubliceerd na de laatste processtukken van partijen en die aanpassing van de feitelijke stellingen van partijen nodig maakt (HR 3 februari 1984, NJ 1984, 765). In de meeste andere gevallen is het een beleidsvraag of partijen al dan niet tevoren van hun zienswijze mogen doen blijken.

Het petitum is steeds de uiterste grens. De (appèl)rechter mag niet ultra of extra petita gaan (art. 23 en 24 Rv): hij mag niet meer toewijzen dan is gevorderd en evenmin op een andere dan de aangevoerde grondslag. Maar zonder grief van de geïntimeerde minder toewijzen dan in eerste aanleg is toegewezen is evenmin toegestaan. Als in eerste aanleg ten laste van de vader € 100 kinderalimentatie wordt toegewezen en de moeder in appèl € 200 verzoekt, terwijl de vader slechts verzoekt om bekrachtiging van de eerste uitspraak, dan kan de appèlrechter deze alimentatie niet op € 80 vaststellen. De bandbreedte waaraan de appèlrechter is gebonden loopt van € 100 tot € 200.

## **8. Tot slot**

Bij het redigeren van de Memorie van Grieven of de Memorie van Antwoord is het zinvol de vraag te stellen of daarbij reeds een cassatieadvocaat zou moeten worden betrokken. Als het om een belangrijke zaak gaat en te voorzien is dat de verliezende partij sowieso cassatie zal instellen, dan kan een dergelijke inschakeling zinvol zijn. Maar ook als dat niet gebeurt is het goed om er voor te zorgen dat principiële stellingen niet in de tekst worden verstopt, maar helder en goed gesepareerd in (sub)paragrafen worden weergegeven. Snijders (Civiel appel, blz. 46) merkt in dat verband op: *'De praktijk leert helaas maar al te vaak dat memories uitlopen op een geitenbrij, waar cassatieadvocaten en ook de Hoge Raad geen gegenereerde stelling uit kunnen of behoeven te halen.'*