

Doorhaling. Is een vonnis dat is gewezen tegen twee partijen die niet zijn verschenen in de procedure een verstekvonnis of een vonnis op tegenspraak,...

HR 07-07-2017, ECLI:NL:HR:2017:1274

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

7 juli 2017

Magistraten

Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, C.E. du Perron, M.J. Kroeze

Zaaknummer

17/01430

Conclusie

A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2017:1274, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 07-07-2017

ECLI:NL:PHR:2017:475, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 02-06-2017

Wetgeving

Art. 140, 392 Rv

Essentie

Verstek. Doorhaling.

Is een vonnis dat is gewezen tegen twee partijen die niet zijn verschenen in de procedure een verstekvonnis of een vonnis op tegenspraak, indien een andere partij wel is verschenen, maar tegen de wel-verschenen partij de procedure is doorgehaald?

Samenvatting

In eerste aanleg is B een procedure gestart tegen D, A en C. D is in de procedure verschenen, maar de procedure tegen D is na comparitie (en intrekking van de eis) doorgehaald. A en C zijn niet in de procedure verschenen en zijn bij verstek veroordeeld. A en C zijn tegen het verstekvonnis in verzet gekomen. In hoger beroep stelt B zich op het standpunt dat het vonnis (het hiervoor aangeduide verstekvonnis) ex art. 140 lid 3 Rv moet worden gekwalificeerd als een vonnis op tegenspraak.

HR: De Hoge Raad is van oordeel dat art. 140 lid 3 Rv niet van toepassing is. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het doel en de strekking van de bepaling. Art. 140 Rv strekt ertoe te voorkomen dat tussen eiser en gedaagden tegenstrijdige vonnissen worden gewezen ten aanzien van dezelfde rechtsbetrekking. Met dat doel bepaalt art. 140 lid 3 Rv dat tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Voor zowel de verschenen als niet-verschenen partijen staat in dat geval het rechtsmiddel van hoger beroep open. Art. 140 lid 3 Rv is volgens de Hoge Raad niet van toepassing indien de verschenen gedaagde niet langer aan de procedure deelneemt (bijvoorbeeld door faillissement of door het bereiken van een schikking) en de procedure alleen ten aanzien van de niet verschenen gedaagden wordt voortgezet. In dat geval wordt het vonnis immers uitsluitend gewezen tussen de eiser en de niet verschenen gedaagden en in zo'n geval bestaat het risico van tegenstrijdige uitspraken doordat zowel hoger beroep als verzet ingesteld niet. Dit geldt ook als alle verschenen gedaagden – voordat eindvonnis is gewezen maar nadat een tussenvonnis is gewezen – niet langer deelnemen aan de procedure. In dat geval kunnen de niet-verschenen gedaagden in verzet opkomen tegen zowel het eindvonnis als het daaraan ten grondslag liggende tussenvonnis

Verwant oordeel

Zie ook:

- Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, *JBP* 2014/20, m.nt. E. Gras;
- Rb. Amsterdam 26 april 1935, *NJ* 1936/252;
- Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, *JBP* 2013/9, m.nt. J.R. Sijmonsma;
- Rb. Zwolle-Lelystad 25 oktober 2006, *JBP* 2007/90, m.nt. J.R. Sijmonsma;
- *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 140 Rv, aant. 5, mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Zie anders:

- Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2007, *JBP* 2008/22, m.nt. T.R.B. de Greve.

Wenk

Art. 140 Rv regelt de situatie waarin meerdere partijen in een procedure zijn gedaagd, maar niet alle gedaagden in de procedure verschijnen. Lid 1 van artikel 140 Rv bepaalt kort gezegd dat in dat geval de procedure wordt voortgezet tegen de wel verschenen gedaagde(n) en tegen de niet-verschenen gedaagden verstek wordt verleend. Lid 3 van artikel 140 Rv bepaalt dat in die situatie het gewezen vonnis als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Een niet-verschienen partij moet zodoende in hoger beroep komen (en niet in verzet) indien in eerste aanleg een van de medegedaagden wel is verschenen. De gedachte achter lid 3 is – zoals ook door de Hoge Raad aangehaald – het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken in eenzelfde rechtsbetrekking.

In de lagere rechtspraak is de vraag al eerder aan de orde gekomen of art. 140 lid 3 Rv van toepassing is indien de procedure tegen de partij die wel is verschenen, wordt doorgehaald. Al in 1935 moest de rechtbank Amsterdam oordelen over deze vraag in het geval waarbij de wel-verschienen partij in de procedure failliet ging (zie onder zie ook). Over diezelfde situatie moest het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordelen in 2013 (zie onder zie ook). De rechtbank Zwolle-Lelystad moest in 2006 oordelen over het geval waarin met de wel-verschienen partij een schikking werd bereikt en de procedure werd doorgehaald (zie onder zie ook). Al deze gerechten kwamen tot de conclusie dat art. 140 lid 3 in die situaties niet van toepassing is. De gedachtegang van de gerechten was eenvoudig; er is geen sprake van een vonnis gewezen tussen *alle* gedaagde partijen, nu één van de partijen uit de procedure is verdwenen. Alle partijen waartegen het vonnis wel wordt gewezen, zijn niet-verschienen. Het vonnis is zodoende een verstekvonnis, waartegen de niet-verschienen partijen in verzet kunnen komen. De rechtbank 's-Gravenhage kwam in 2012 tot hetzelfde oordeel in het geval de procedure tegen de wel-verschienen partij werd doorgehaald. De rechtbank 's-Gravenhage verwees ter onderbouwing naar de hiervoor aangehaalde strekking van art. 140 Rv; het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen.

Het hof 's-Hertogenbosch zag het in 2007 anders (zie onder zie anders). Het hof oordeelde dat indien een van de partijen is verschenen, het een procedure op tegenspraak is en het vonnis ook als zodanig dient te worden aangemerkt. Dat de verschienen partij nadien uit de procedure is verdwenen, bracht volgens het hof daarin geen verschil. Eenmaal verschienen, altijd verschienen.

In de literatuur is met name het standpunt verdedigd dat sprake is van een verstekvonnis (zie onder zie ook: Von Schmidt Auf Altenstadt, Sijmonsma, Gras en zie onder zie anders: De Greve). Zij betogen dat het woord “tegenspraak” in art. 140 lid 3 alleen van toepassing is op een uitgesproken vonnis. Zolang er nog geen vonnis is gewezen, komt men niet toe aan de “tegenspraak kwalificatie” van art. 140 Rv. Voorts wordt aangevoerd dat het de bedoeling is van ons procesrecht dat partijen in twee feitelijke instanties kunnen procederen. Het bestempelen van het vonnis als een verstekvonnis maakt dit mogelijk. Gras meent zelfs dat de fictie van art. 140 lid 3 Rv beter in zijn geheel kan vervallen. De bijdrage die art. 140 lid 3 Rv aan het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken zou kunnen leveren, zou volgens hem maar beperkt zijn.

De Hoge Raad heeft de discussie nu beslecht. Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat alleen sprake is van een vonnis op tegenspraak als bij één en hetzelfde vonnis uitspraak wordt gedaan ten aanzien van alle – verschienen en niet-verschienen – partijen. Indien de uitspraak alleen wordt gedaan tegen de niet-verschienen partijen omdat (om welke reden dan ook) de wel-verschienen partijen uit de procedure zijn verdwenen, is dit vonnis een verstekvonnis waartegen verzet en niet hoger beroep open staat.

Partij(en)

Prejudiciële beslissing in de gevoegde zaken van:

W.T.L. de Groot, te Helmond, eiser in hoger beroep, niet verschienen in de prejudiciële procedure, tegen

1. Boss Beveiliging B.V., te Helmond, verweerster in hoger beroep, niet verschienen in de prejudiciële procedure,
2. Boss Beveiliging B.V., te Helmond, eiseres in hoger beroep, niet verschienen in de prejudiciële procedure, tegen

J.M. de Groot-Viehoff, te Lommel, België, verweerster in hoger beroep, niet verschienen in de prejudiciële procedure.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- a. Het (verstek)vonnissen in de zaak 205318 / HA ZA 10-120 van de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 16 februari 2011;
- b. de vonnissen in verzet in de zaak C/01/236148 / HA ZA 11-1445 van de Rechtbank 's-Hertogenbosch (per 1 januari 2013 genaamd: Rechtbank Oost-Brabant) van 21 september 2011, 12 december 2012, 12 november 2014 en 22 april 2015;
- c. de arresten in de gevoegde zaken 200.174.397/01 en 200.174.411/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 13 december 2016 en 21 maart 2017.

(...).

2. De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd arrest heeft het hof op de voet van art. 392 Rv de hierna in 3.2.2 vermelde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld op de voet van art. 393 lid 1 Rv schriftelijke opmerkingen te maken. Zij hebben van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen op de wijze als vermeld onder 2.32 en 2.33 van de conclusie.

3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1

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

- (i) Boss heeft in deze procedure Van der Zanden (hierna: Van der Zanden), De Groot en Viehoff gedagvaard voor de rechtbank en daarbij gevorderd hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 161.350;
- (ii) Van der Zanden is in het geding verschenen. De vordering tegen hem is ter comparitie van partijen ingetrokken; na de comparitie is de procedure jegens Van der Zanden doorgehaald;
- (iii) De Groot en Viehoff zijn niet verschenen. De rechtbank heeft hen bij verstek hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan Boss van € 161.350;
- (iv) De Groot en Viehoff hebben een verzetsdagvaarding aan Boss uitgebracht, waarin zij ontheffing van de veroordeling tot betaling aan Boss en afwijzing van de vorderingen van Boss hebben gevorderd;
- (v) na enkele tussenvonnissen en getuigenverhoren heeft de rechtbank bij eindvonnis het verstekvonnis van 16 februari 2011 vernietigd, de vorderingen tegen Viehoff afgewezen, De Groot veroordeeld om aan Boss een bedrag van € 61.450 met rente te betalen en het meer of anders gevorderde afgewezen;
- (vi) De Groot heeft Boss in hoger beroep gedagvaard. Hij heeft vernietiging gevorderd van de vonnissen waarvan beroep voor zover de vorderingen van Boss jegens hem zijn toegewezen, alsmede ontheffing van de veroordeling in het verstekvonnis. Boss heeft de grieven bestreden en in incidenteel appel geconcludeerd dat De Groot wordt veroordeeld een bedrag van € 161.350 aan haar te betalen;
- (vii) daarnaast heeft Boss Viehoff in hoger beroep gedagvaard. Boss heeft gevorderd dat haar vorderingen tegen Viehoff alsnog integraal worden toegewezen;
- (viii) het hof heeft de twee zaken in hoger beroep op de rol gevoegd.

3.2.1

Boss heeft zowel in het incidentele hoger beroep tegen De Groot, als in het hoger beroep tegen Viehoff, (onder meer) betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat De Groot en Viehoff in hun verzet tegen het vonnis van 16 februari 2011 kunnen worden ontvangen.

Volgens Boss wordt dat vonnis ingevolge art. 140 lid 3 Rv als een vonnis op tegenspraak beschouwd, omdat er meer gedaagden waren en ten minste een van hen (Van der Zanden) in het geding is verschenen. Tegen het vonnis stond daarom geen verzet open, maar alleen hoger beroep.

Volgens De Groot en Viehoff geldt het bepaalde in art. 140 lid 3 Rv niet indien met de verschenen gedaagde een schikking wordt bereikt waarna de procedure ten aanzien van die partij wordt doorgehaald; in dat geval is geen (eind)vonnis gewezen tussen alle partijen en is het vonnis ten aanzien van de niet verschenen gedaagden een verstekvonnis, waartegen verzet kan worden ingesteld.

3.2.2

Nadat partijen zich daarover hadden uitgelaten, heeft het hof, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

- “1. Moet in een geval als het onderhavige, waarin:
 - a) drie partijen zijn gedagvaard;
 - b) één gedaagde partij is verschenen;
 - c) twee gedaagde partijen 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 (artikel 140 lid 3 Rv)?
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?”

3.3

De regeling van art. 140 Rv strekt ertoe 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 (HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89). Om die reden staat ingevolge art. 140 lid 3 Rv tegen een vonnis dat is gewezen tussen 'alle partijen' — waarmee, naast de eiser(s), zijn bedoeld: zowel de verschenen gedaagde(n) als de niet verschenen gedaagde(n) tegen wie verstek is verleend — slechts het rechtsmiddel van 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 (vgl. HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0570, *NJ* 1992/448).

3.4

In een geval echter waarin de verschenen gedaagden, voordat eindvonnis wordt gewezen, niet langer aan de procedure deelnemen (bijvoorbeeld doordat ten aanzien van hen de procedure is geschorst wegens hun faillissement of is doorgehaald in verband met het bereiken van een schikking), 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 art. 140 lid 3 Rv niet van toepassing. Het risico van tegenstrijdige uitspraken doordat zowel het rechtsmiddel van hoger beroep als dat van verzet wordt aangewend, is dan immers niet meer aanwezig.

3.5

Opmerking verdient nog dat het hiervoor in 3.4 overwogene eveneens geldt indien alle verschenen gedaagden, voordat eindvonnis wordt gewezen maar pas nadat een tussenvonnis met inhoudelijke overwegingen en beslissingen is gewezen, niet langer deelnemen aan de procedure. De niet verschenen gedaagden kunnen dan door middel van verzet opkomen tegen het eindvonnis en de daaraan ten grondslag liggende tussenvonnissen.

3.6

Het vorenstaande brengt mee dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag als volgt luidt.

In een geval als in de onderhavige procedure aan de orde is, waarin drie partijen zijn gedagvaard, waarvan twee partijen niet zijn verschenen en de zaak van de wel verschenen partij na intrekking van de eis is doorgehaald, moet het door de rechtbank ten aanzien van de niet verschenen gedaagden gewezen vonnis worden aangemerkt als een verstekvonnis, waartegen het rechtsmiddel van verzet openstaat.

3.7

Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag geen beantwoording.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor in 3.6 en 3.7 weergegeven wijze.

Conclusie

Conclusie A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent:

Het gaat in deze — rolgevoegde — zaken, waarin het hof prejudiciële vragen aan de Hoge Raad heeft gesteld, in de kern om de kwalificatie van het vonnis dat wordt gewezen in een geding waarin drie partijen zijn gedagvaard, twee gedaagde partijen niet zijn verschenen en de zaak ten aanzien van de enige verschenen gedaagde partij na de comparitie van partijen is doorgehaald. Is dit een verstekvonnis of een vonnis op tegenspraak als bedoeld in art. 140 lid 3 Rv?

Partijen worden hierna aangeduid als: De Groot, Boss en Viehoff.

1. Feiten^[1] en procesverloop^[2]

1.1

Viehoff was statutair bestuurder van JMV Beveiliging B.V. (hierna: JMV).

De Groot was de titulair bestuurder van JMV.

Viehoff hield 51% van de aandelen in JMV. De overige 49% van de aandelen in JMV werd gehouden door C.C. van der Zanden (hierna: Van der Zanden) via de door hem gecontroleerde vennootschap Pimaco Beheer B.V. (hierna: Pimaco) (19,5%) en door S.P.T.F. Frerichs (hierna: Frerichs) (29,5%) via de door hem gecontroleerde vennootschap Security Investments Enterprises Ltd. (hierna: SIE).

1.2

Frerichs heeft onderhandeld met De Groot en Van der Zanden over overname van de aandelen van Pimaco en Viehoff in JMV. Deze onderhandelingen zijn zonder resultaat gebleven.

1.3

In oktober 2005 heeft Frerichs het faillissement van JMV aangevraagd. Op 19 oktober 2005 is JMV in staat van faillissement verklaard. Tegen dit vonnis heeft JMV hoger beroep ingesteld. Na de faillietverklaring zijn de bedrijfsactiviteiten van JMV hangende het hoger beroep voortgezet. Bij brief van 11 november 2005 heeft JMV het hoger beroep ingetrokken.

1.4

Na intrekking van het hoger beroep heeft de curator met diverse partijen, waaronder De Groot en Frerichs, onderhandeld over overname van de activa van JMV, waaronder het klantenbestand en het personeelsbestand. Op 14 november 2005 zijn door de curator activa van JMV verkocht aan SIE.

1.5

SIE heeft vervolgens Boss opgericht en de overgenomen activa van JMV in deze vennootschap ingebracht. Pimaco heeft eveneens een vennootschap opgericht die zich bezig houdt met beveiligingswerkzaamheden, uiteindelijk geheten Top Protection BV (aanvankelijk Top Protection BV i.o.) (hierna: Top).

1.6

Bij akte van cessie van 1 januari 2006 heeft SIE haar vordering(en) overgedragen aan Boss.

1.7

Boss heeft bij inleidende dagvaarding van 14 december 2009 De Groot, Viehoff en Van der Zanden gedagvaard voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch (per 1 januari 2013 genaamd: Rechtbank Oost-Brabant) en daarbij gevorderd hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 161.350.

Aan deze vordering heeft Boss allereerst ten grondslag gelegd dat De Groot na de faillietverklaring van JMV, samen met anderen, een nieuwe onderneming heeft opgericht (Top) met de bedoeling de onderneming van JMV voort te zetten dit ondanks de doorstart door Boss. De tweede grondslag is dat Viehoff en De Groot tegenover Boss en SIE onrechtmatig hebben gehandeld door:

- (i) het op basis van een onjuiste voorstelling van zaken overhalen van personeel van JMV om bij Top in dienst te treden, althans om niet bij Boss in dienst te treden;
- (ii) het op basis van een onjuiste voorstelling van zaken overhalen van klanten van JMV om zaken te doen met Top, althans geen zaken met Boss te doen, en
- (iii) het frustreren van de doorstart van JMV door Boss in strijd met de uitdrukkelijke instructies van de curator in het faillissement van JMV.

1.8

Van der Zanden is in het geding verschenen. De vordering tegen Van der Zanden is ter comparitie van partijen ingetrokken en na de comparitie is de procedure jegens Van der Zanden doorgehaald.

1.9

De Groot en Viehoff zijn niet verschenen. De rechtbank heeft De Groot en Viehoff bij vonnis van 16 februari 2011 bij verstek hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan Boss van € 161.350.

1.10

De Groot en Viehoff hebben een verzetdagvaarding aan Boss uitgebracht, waarin zij ontheffing van de veroordeling tot betaling aan Boss en afwijzing van de vorderingen van Boss hebben gevorderd.

1.11

Bij vonnis van 21 september 2011, getiteld 'vonnis in verzet', heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast die op 24 januari 2012 heeft plaatsgevonden.

1.12

Vervolgens heeft de rechtbank Boss bij vonnis van 12 december 2012, eveneens getiteld 'vonnis in verzet', opgedragen om haar stellingen over de rol van De Groot nader te bewijzen.

1.13

Met betrekking tot het door Boss gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer heeft de rechtbank in dit vonnis overwogen (rov. 4.3) dat het vonnis van 16 februari 2011 niet kan worden aangemerkt als een tussen alle partijen op tegenspraak gewezen vonnis in de zin van art. 140 lid 2 Rv (thans art. 140 lid 3 Rv), omdat de zaak tegen de verschenen gedaagde (Van der Zanden) is doorgehaald en slechts vonnis is gewezen in de zaak tegen de beide niet verschenen gedaagden (De Groot en Viehoff). De rechtbank heeft ook overwogen dat het uitsluitend tegen De Groot en Viehoff gewezen vonnis van 16 februari 2011 derhalve dient te worden aangemerkt als een verstekvonnis, waartegen verzet kon worden ingesteld.

1.14

Na getuigenverhoren en een verdere conclusiewisseling heeft de rechtbank bij vonnis in verzet van 12 november 2014 Boss in de gelegenheid gesteld om zich bij akte nader over bepaalde schadeposten uit te laten, en de zaak daartoe naar de rol verwezen.

1.15

Bij eindvonnis van 22 april 2015 heeft de rechtbank het verstekvonnis van 16 februari 2011 vernietigd en, opnieuw beslissend, de vorderingen tegen Viehoff afgewezen, De Groot veroordeeld om aan Boss een bedrag van € 61.450 te betalen en het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.16

Zowel De Groot als Boss zijn in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

De Groot heeft, onder aanvoering van vier grieven, appel ingesteld van de vonnissen van 12 november 2014 en 22 april 2015 en heeft daarbij geconcludeerd tot vernietiging van de vonnissen waarvan beroep voor zover de vorderingen van Boss jegens De Groot zijn toegewezen alsmede tot ontheffing van de veroordeling in het vonnis van 16 februari 2011.

Boss heeft de grieven bestreden en daarnaast, onder aanvoering van vier grieven, incidenteel hoger beroep ingesteld van de vonnissen van 12 december 2012, 12 november 2014 en 22 april 2015, waarbij hij heeft geconcludeerd tot vernietiging van voornoemde vonnissen en, opnieuw rechtdoende, tot veroordeling van De Groot om aan Boss een bedrag van € 161.350 te betalen.

Deze zaak is bij het hof aanhangig onder zaaknr. 200.174.397/01 (hierna: zaak 397).

1.17

Boss is, onder aanvoering van vijf grieven, van de vonnissen van 12 december 2012, 12 november 2014 en 22 april 2015 in hoger beroep gekomen en heeft daarbij geconcludeerd tot vernietiging van deze vonnissen en tot het alsnog integraal toewijzen van haar vorderingen.

Viehoff heeft de grieven bestreden.

Deze zaak is bij het hof aanhangig onder zaaknr. 200.174.411/01 (hierna: zaak 411).

1.18

Boss heeft met de eerste grief in haar incidenteel hoger beroep (in zaak 397) en de eerste grief in haar hoger beroep (in zaak 411) gesteld dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat De Groot en Viehoff in hun verzet tegen het vonnis van 16 februari 2011 kunnen worden ontvangen en daarmee de vraag aan de orde gesteld of De Groot en Viehoff het juiste rechtsmiddel tegen het verstekvonnis van 16 februari 2011 hebben ingesteld.

Het hof heeft bij tussenarrest van 13 december 2016 in deze vraag aanleiding gezien om deze op de voet van art. 392 lid 1

Rv voor te leggen aan de Hoge Raad en heeft partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte over dit voornemen en over de inhoud van de vragen uit te laten.

1.19

Nadat partijen een akte hadden genomen, heeft het hof bij tussenarrest van 21 maart 2017, onder aanhouding van iedere verdere beslissing en met inachtneming van de door partijen gemaakte opmerkingen, de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

- “1. Moet in een geval als het onderhavige, waarin:
 - a) drie partijen zijn gedagvaard;
 - b) één gedaagde partij is verschenen;
 - c) twee gedaagde partijen 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 (artikel 140 lid 3 Rv)?
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?”

1.20

Op 22 maart 2017 is een afschrift van het tussenarrest van 21 maart 2017 ingekomen ter griffie van de Hoge Raad. Op 24 maart 2017 zijn de processtukken ingekomen.

1.21

Boss, Viehoff en De Groot zijn ingevolge art. 393 lid 1 Rv en art. 7.1 Reglement prejudiciële vragen^[3] tot en met 30 mei 2017 in de gelegenheid gesteld schriftelijke opmerkingen te maken. Zij hebben van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.^[4]

2. Bespreking van de prejudiciële vragen

2.1

De eerste door het hof aan de Hoge Raad voorgelegde vraag betreft de typering van een vonnis dat is gewezen in een geding waarin van de drie gedagvaarde partijen twee gedaagde partijen niet zijn verschenen en de zaak ten aanzien van de enige verschenen gedaagde partij na de comparitie van partijen wordt doorgehaald.

2.2

Art. 140 Rv^[5] regelt in het eerste en derde lid de situatie waarin sprake is van verschillende gedaagden van wie er tenminste een wel én een niet verschijnt en vervolgens vonnis wordt gewezen tussen alle partijen:

- “1. 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 termijnen in acht zijn genomen, tegen dezen verstek verleend en tussen de eiser en de verschenen gedaagden voortgeprocedeerd.
3. Tussen alle partijen wordt één vonnis gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd.”

2.3

De rechter beoordeelt de vordering tegen de niet verschenen gedaagde(n) in één en hetzelfde vonnis als waarin de vordering tegen de wel verschenen gedaagde(n) wordt afgedaan. Het vervolgens tussen alle partijen gewezen eindvonnis wordt voor zowel de verschenen als de niet verschenen gedaagden als een vonnis op tegenspraak beschouwd, met als gevolg dat daarvan door een ieder, ongeacht zijn ‘status’ in het geding in eerste aanleg (verschenen of niet) hoger beroep dient te worden ingesteld.^[6] In zoverre vormt art. 140 lid 3 Rv, evenals art. 335 lid 2 Rv, een uitzondering op de hoofdregel van art. 143 Rv dat voorschrijft dat indien een gedaagde bij verstek wordt veroordeeld, hij daartegen (binnen vier weken) verzet kan doen.

2.4

De aan de ratio van art. 140 lid 3 Rv ten grondslag liggende veronderstelling is dat de verschillende verweerders niet zonder reden gezamenlijk werden gedagvaard en dat de connexiteit van de vorderingen daartoe aanleiding is.^[7] Vanwege deze connexiteit is het dan van belang dat de zaak één geheel blijft en dat op de samenhangende vorderingen, die deels op verstek en deels op tegenspraak worden behandeld, in gelijke zin wordt beslist. Door te bepalen dat tussen partijen één vonnis wordt gewezen, wordt voorkomen dat tegenstrijdige vonnissen ten aanzien van eenzelfde rechtsbetrekking worden gewezen.^[8]

2.5

Het verschil met de onderhavige zaak is dat de enige verschenen gedaagde na de comparitie van partijen 'uit het geding is verdwenen' zodat jegens deze partij geen rechterlijke uitspraak is gevolgd.

2.6

De feitenrechtspraak en literatuur zijn verdeeld over de kwalificatie van het vonnis dat in een dergelijk geval is gewezen.^[9]

Rechtspraak^[10]

2.7

In vier gevallen werd het gewezen vonnis als een verstekvonnis opgevat, waarbij in de hierna als eerste twee beschreven zaken doorslaggevend werd geacht dat het uiteindelijke vonnis niet tegen alle oorspronkelijke partijen was gewezen.

(i) Verstekvonnis

2.8

In het in 1935 door de Rechtbank Amsterdam berechte geval^[11] was vonnis gewezen tegen de niet verschenen gedaagde, terwijl de procedure tegen de wel verschenen gedaagde vóór het wijzen van vonnis was geschorst vanwege diens faillissement. De niet-verschenen partij kwam in verzet waarna de oorspronkelijk eiser als geopposeerde een niet-ontvankelijkheidsverweer voerde. De rechtbank oordeelde vervolgens dat het vonnis waartegen verzet was ingesteld als een verstekvonnis diende te worden aangemerkt omdat het niet was gewezen tussen alle oorspronkelijk gedaagden, zoals (het toenmalige) art. 79 lid 2 Rv^[12] veronderstelde, maar uitsluitend tegen de partij die in verzet was gekomen.

2.9

De Rechtbank Zwolle gebruikte in 2006^[13] hetzelfde argument. In die zaak waren twee partijen gedagvaard, waarvan er één niet in de procedure verscheen en waartegen verstek werd verleend. Vervolgens werd door de eisende partij de procedure ten opzichte van de verschenen gedaagde doorgehaald in verband met het bereiken van een schikking en werd vonnis gewezen tussen eiser en de niet verschenen partij. De rechtbank achtte deze laatste ontvankelijk in het tegen dat vonnis ingestelde verzet met als motivering dat, doordat de zaak tegen de verschenen gedaagde was doorgehaald, geen vonnis is gewezen waarbij de verschenen gedaagde (ook) partij was en er dus ook geen vonnis tussen alle partijen is gewezen. Het vonnis was derhalve een verstekvonnis waartegen verzet openstond, aldus de rechtbank.

2.10

Ook de Rechtbank 's-Gravenhage beschouwde in 2012^[14] (alsnog) het gewezen vonnis als een verstekvonnis. Aanvankelijk had de rechtbank geoordeeld dat het vonnis dat was gewezen ten opzichte van de niet verschenen gedaagden, nadat de zaak ten opzichte van de verschenen gedaagden was doorgehaald, een vonnis op tegenspraak was. Een van de niet verschenen gedaagden ging echter in verzet en stelde daarbij dat het vonnis ten onrechte als vonnis op tegenspraak was aangemerkt. In de verzetprocedure oordeelde de rechtbank vervolgens als volgt:

"(...)

4.2.

Naar het oordeel van de rechtbank is een dergelijk vonnis (zoals haar vonnis van 31 mei 2006 bij nader inzien) een verstekvonnis. (...) Daartoe is het volgende redengevend.

4.3.

Zowel uit tekst als strekking van artikel 140 leden 1 en 2 Rv volgt dat na doorhaling van de procedure tegen de wel verschenen gedaagde(n) het vonnis tegen de niet verschenen gedaagde(n) waartegen verstek is verleend een verstekvonnis is. Er is immers naar de letter van de wettekst genomen geen sprake meer van de situatie als bedoeld in art. 140 lid 2 Rv, te weten een vonnis tegen de wel verschenen gedaagden. Naar de strekking genomen, beoogt art. 140 lid 2 Rv voorts om de onwenselijkheid van twee verschillende rechtsmiddelen tegen één vonnis te voorkomen: hoger beroep in de zaak tegen de wel verschenen gedaagden maar verzet in de zaak tegen de niet verschenen gedaagden. Die ratio van het voorkomen van 'twee sporen' valt echter weg, indien het door een schikking niet meer tot een vonnis en een eventueel

hoger beroep kan komen in de zaak tegen de wel verschenen gedaagden. (...).”

2.11

Voor de rechtbank was dus redengevend dat het vonnis niet tegen de verschenen gedaagden is geweest, waarmee de ratio van het huidige derde lid van art. 140 Rv (het voorkomen van ‘twee sporen’) was weggevallen.

2.12

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2013^[15] in gelijke zin. Evenals in de zaak van de Rechtbank Amsterdam uit 1935 was in deze door het hof berechte zaak sprake van een niet verschenen gedaagde en een wel verschenen partij die tijdens de procedure in eerste aanleg failliet ging waardoor de procedure van rechtswege was geschorst ten aanzien van die partij. Er werd, aldus het hof, niet voldaan aan art. 335 Rv omdat niet tegelijk eindvonnis was geweest tegen alle gedaagden en niet meer behoefde te worden voorkomen dat de tegen het eindvonnis aan te wenden rechtsmiddelen uit elkaar gaan lopen met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen.

(ii) Vonnis op tegenspraak

2.13

In twee gevallen is geoordeeld dat sprake is van een vonnis op tegenspraak.

Zo overwoog de Rechtbank 's-Gravenhage in 1978^[16] dat de wetgever in art. 79 lid 2 (oud) Rv het niet en wel verschijnen van de wederpartijen op een lijn heeft gesteld en heeft bepaald dat het vonnis ook ten aanzien van de niet verschenen gedaagden geldt als op tegenspraak geweest. Daaraan kan, aldus de rechtbank, niet afdoen dat de zaak tegen de verschenen gedaagden van de rol is gevoerd.

2.14

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch nam in 2007^[17] als ijkpunt voor de kwalificatie de vraag of tenminste één gedaagde op de inleidende dagvaarding is verschenen. Als dat het geval is, geldt de procedure als te zijn gevoerd op tegenspraak en dient het tussen partijen gewezen vonnis als een vonnis op tegenspraak te worden aangemerkt. In het karakter van de procedure komt, aldus nog steeds het hof, geen wijziging in geval tussen de verschenen gedaagde(n) en de eiser hangende de procedure in eerste aanleg een regeling tot stand komt en de zaak in verband daarmee wordt doorgehaald. Oftewel: eens op tegenspraak, blijft op tegenspraak.

Literatuur

2.15

In zijn proefschrift neemt Ynzonides, onder verwijzing naar het hiervoor onder 2.8 besproken vonnis van de Rechtbank Amsterdam uit 1935, het standpunt in dat wanneer om welke reden dan ook uiteindelijk alleen ten opzichte van een of meer niet in de procedure verschenen gedaagden vonnis wordt gewezen, sprake is van een verstekvonnis waartegen verzet openstaat.^[18]

Ook Van Mierlo en Van Dam^[19] plaatsen bij art. 140 Rv de kanttekening dat in geval een regeling in der minne tussen de eiser en de verschenen gedaagde tot stand komt waarna tussen die partijen de procedure wordt geroyeerd en de procedure enkel wordt voortgezet tegen de niet verschenen gedaagde, het tegen deze gedaagde gewezen vonnis een verstekvonnis is.

2.16

Dit lijkt ook de mening te zijn van Van Schaick.^[20] Hij merkt op dat als ten minste één verweerder verschijnt, tegen de niet verschenen verweerder weliswaar verstek wordt verleend, maar dan ook jegens hem het vonnis als een vonnis op tegenspraak geldt, waartegen uitsluitend hoger beroep openstaat. Dit ligt slechts anders, aldus Van Schaick:

“wanneer de wél verschenen verweerders zouden bewerkstelligen dat de rechtbank aan een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen tegen hen niet toekomt, bijvoorbeeld doordat zij met succes stellen dat de rechtbank ter zake van de vorderingen tegen hen geen bevoegdheid heeft vanwege een arbitrageclausule”.

2.17

Von Schmidt auf Altenstadt, Sijmonsma en Gras zijn stilliger.

Volgens Von Schmidt auf Altenstadt brengt de tekst van art. 140 lid 3 Rv mee 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. Dat betekent in geval van een door de wel verschenen gedaagde getroffen schikking of als ten aanzien van hem de procedure wordt geschorst, het ten aanzien van alleen de niet verschenen gedaagde uitgesproken veroordelend vonnis moet worden gekwalificeerd als een verstekvonnis.^[21]

2.18

In zijn tezamen met Provaas geschreven artikel 'Verschenen en verdwenen' neemt Sijmonsma tot uitgangspunt dat de bepaling van het huidige art. 140 lid 3 Rv (art. 140 lid 2 (oud) Rv) enkel ertoe strekt om te voorkomen dat tegen het vonnis verschillende rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. Op grond van deze zeer beperkte strekking alsmede op grond van de letterlijke lezing van het huidige derde lid van art. 140 Rv "waarin staat vermeld dat eerst sprake moet zijn van een vonnis dat tussen alle partijen is geweest, en dat eerst in dat geval op het vonnis het etiket 'op tegenspraak' kan worden geplakt" is volgens Provaas en Sijmonsma een vonnis dat tussen eiser en de niet verschenen gedaagde B is geweest, nadat de zaak tussen eiser en de wel verschenen gedaagde A ter comparitie is geregeld en de zaak ten aanzien van A ter rolle is doorgehaald, een verstekvonnis. De kwalificatie 'op tegenspraak' mag volgens schrijvers pas worden gegeven op het moment dat er een vonnis wordt gewezen tegen in elk geval één verschenen gedaagde.^[22]

2.19

Provaas en Sijmonsma bespreken ook het geval dat de zaak ten aanzien van A weer op de rol verschijnt en de procedure wordt voortgezet nadat de zaak tegen de niet verschenen B is geëindigd in een (verstek)vonnis en B de oorspronkelijk eiser in verzet heeft gedagvaard. Dan laat de doelstelling van art. 140 Rv zich volgens hen niet realiseren, maar "moeten wij dit zeldzame staaltje van discongruentie maar voor lief nemen".

2.20

Sijmonsma acht het in zijn noot onder het hiervoor onder 2.9 al genoemde vonnis van de Rechtbank Zwolle^[23] logisch dat de rechtbank heeft geoordeeld dat art. 140 lid 2 (oud) Rv niet geldt als de zaak tegen de verschenen gedaagde is doorgehaald voordat vonnis is geweest. Naast vermelding van de in zijn met Provaas geschreven artikel genoemde argumenten — de letterlijke tekst van art. 140 lid 2 (oud) Rv en de beperkte strekking van het voorschrift maken dat het etiket tegenspraak pas kan worden opgeplakt in de fase van vonnis wijzen —, vraagt Sijmonsma zich in zijn noot nog af of het adagium "eens verschenen, geldt als verder verschenen" nog roet in het eten gooit. Dat doet het z.i. niet omdat dit adagium betrekking heeft op de verschenen partij — tegen die partij kan nooit meer een verstekvonnis worden gewezen — en niet op de kwalificatie van het vonnis.

2.21

Volgens Gras^[24] is de regel van art. 140 lid 3 Rv "een fictie met betrekking tot het meest principiële aspect dat de civiele procedure te bieden heeft: hoor en wederhoor", dat tot grote onbillijkheid leidt^[25] en maar zeer ten dele kan bijdragen aan het voorkomen van mogelijke tegenstrijdigheid in uitspraken. Daarbij wijst hij er op dat tegenstrijdigheid niet verkeerd behoeft te zijn en ten tweede ook onvermijdelijk kan zijn.

Omdat ook het recht op twee instanties wordt geofferd, kan art. 140 lid 3 Rv z.i. maar beter vervallen. Gras is het dan ook eens met de beslissing van het hof nu ten opzichte van de wel verschenen partij in het dictum alleen werd bepaald dat van rechtswege een schorsing plaatsvond, zodat de ratio van art. 140 lid 3 Rv niet opgaat, en de zaken sowieso zullen uiteenlopen.

2.22

De Greve^[26] daarentegen is het eens met het oordeel van het gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2007 (zie hiervoor onder 2.14) dat bepalend is of ten minste één gedaagde op de inleidende dagvaarding is verschenen, in welk geval de procedure geldt als te zijn gevoerd op tegenspraak, en het tussen partijen geweest vonnis als een vonnis op tegenspraak dient te worden beschouwd waartegen uitsluitend hoger beroep openstaat. Hij pleit vervolgens voor zodanige wetwijziging dat ook een niet verschenen gedaagde aan wie de inleidende dagvaarding in persoon is betekend — en die in zijn visie er kennelijk bewust voor heeft gekozen niet te verschijnen — het rechtsmiddel van verzet te onthouden en nog alleen hoger beroep toe te staan.

2.23

De redactie van de Praktijkgids heeft de volgende opmerking op het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 2012 (zie hiervoor onder 2.10) opgenomen:

"De uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage doet wat gekunsteld aan. In art. 140 lid 2 Rv staat immers dat tussen partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Deze bepaling strookt niet met het eerste lid waarin staat dat als ten minste één gedaagde in het geding is verschenen tegen de niet-verschenen gedaagden verstek wordt verleend en tussen eiser en gedaagde verder wordt geprocedeerd. Dan volgt een vonnis op tegenspraak. Art. 140 Rv ziet kennelijk niet op gedaagden die een schikking bereiken, omdat in zo'n geval geen vonnis volgt, maar de zaak wordt afgedaan met een vaststellingsovereenkomst. Dan vallen er partijen uit de procedure en blijft de procedure tegen de niet-verschenen gedaagde. De tegenstrijdigheid is dat de gedaagden die een schikking hebben getroffen wel verschenen zijn en dat aldus op grond van het tweede lid een vonnis op tegenspraak moet volgen."^[27]

2.24

De redactie van de Praktijkgids meegerekend^[28.1], is een ruime meerderheid in de literatuur voor de kwalificatie van verstekvonnis voor een vonnis dat uiteindelijk alleen jegens (een) niet-verschienen gedaagde(n) is geweest, hetgeen ook in vier van de zes gepubliceerde uitspraken is aangenomen.

Ik merk daarbij wel op dat rechtspraak noch literatuur aandacht besteden aan het geval dat de procedure wordt doorgehaald of geschorst ten opzichte van de verschienen gedaagde(n) vóórdat er een eindvonnis is, maar nádat er een tussenvonnis met materiële beslissingen is geweest ten opzichte van de verschienen en niet verschienen gedaagde(n). Ook de prejudiciële vragen gaan niet over deze situatie.

2.25

In de rechtsoverwegingen 3.8 en 3.9 van zijn arrest van 13 december 2016 heeft het hof de standpunten van partijen opgenomen. Kort samengevat komen deze er op neer dat Boss zich op het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 25 september 2007 beroept alsmede op de parlementaire geschiedenis, waaruit Boss afleidt dat volgens de wetgever het gevolg van het niet-verschijnen vaststaat voordat daadwerkelijk een vonnis wordt gewezen.

De Groot en Viehoff haken aan bij het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 19 september 2012 en het arrest van het hof Amhem-Leeuwarden van 5 november 2013 en menen dat het vonnis van 16 februari 2011 moet worden opgevat als een verstekvonnis, zodat zij terecht zijn ontvangen in het verzet.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Vraag 1

2.26

Het bepaalde in het derde lid van art. 140 Rv is de uitkomst van een reeds lang geleden gemaakte keuze van de wetgever, die elders anders is uitgevallen.^[29.1]

Gelet op de ratio van het voorschrift, te weten dat door de mogelijkheid van het aanwenden van verschillende rechtsmiddelen tegenstrijdige uitspraken ten aanzien van dezelfde rechtsbetrekking worden gewezen, meen ik dat onder vonnis als bedoeld in het derde lid van art. 140 Rv uitsluitend dient te worden verstaan een vonnis waarin ten aanzien van alle partijen materiële beslissingen worden gegeven en waartegen een rechtsmiddel kan worden ingesteld, zoals een eindvonnis. Een vonnis waarin niet meer dan een comparitie van partijen is bepaald, is m.i. niet een dergelijk vonnis^[30.1] en hetzelfde geldt voor een vonnis waarin wordt bepaald dat een procedure (van rechtswege) is geschorst.^[31.1]

2.27

De keuze die het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft gemaakt (zie hiervoor onder 2.14), heeft de schoonheid van de eenvoud en biedt ook een oplossing voor de hiervoor aan het slot van 2.24 beschreven situatie, waarop ook de wetgever niet bedacht is geweest. In dat geval is immers zowel het tussenvonnis als het eindvonnis een vonnis op tegenspraak.

2.28

Toch acht ik niet doorslaggevend dat ten minste een gedaagde op de inleidende dagvaarding is verschienen. Als de verschienen partij(en) uit de procedure verdwijnt(en) dan wel de procedure jegens haar is geschorst zonder dat al materiële beslissingen zijn genomen, en vervolgens slechts tussen de eisende partij en een (of meer) niet verschienen gedaagde(n) vonnis wordt gewezen, dient art. 140 lid 3 Rv geen enkel praktisch belang meer, omdat het risico op tegenstrijdigheid van uitspraken in verschillende verzet- en appelprocedures zich niet kan voordoen. In dat geval weegt het belang van de niet verschienen gedaagde(n) op behoud van een instantie zwaarder dan de eenvoud van het systeem. Een vonnis dat (alleen) wordt gewezen tussen eiser en niet verschienen gedaagden moet in dat geval m.i. dus worden aangemerkt als een verstekvonnis.

2.29

Het voorgaande geldt m.i. dan ook indien er ten tijde van het tussenvonnis (waarin materiële beslissingen zijn opgenomen) nog (een) verschienen gedaagde(n) was (waren) en ten tijde van het eindvonnis uitsluitend (een) niet verschienen gedaagde(n). Ook in dat geval bestaat er immers geen risico op tegenstrijdigheid van uitspraken in verschillende verzet- en appelprocedures en prevaleert het belang van de niet verschienen gedaagde(n) op behoud van instantie. M.i. zou het tussenvonnis in dat geval de kwalificatie van het eindvonnis moeten gaan delen, en moet(en) de niet verschienen gedaagde(n) in staat worden gesteld om in het tegen het eindvonnis ingestelde verzet, ook op te komen tegen materiële beslissingen in het tussenvonnis.

2.30

Daar komt bij dat de fictie van art. 140 lid 3 Rv m.i. alleen ziet op het te wijzen vonnis en niet op het karakter van de procedure. Een procedure met verschillende gedaagden die deels zijn verschienen en deels niet, is ten aanzien van de

verschenen gedaagde(n) een procedure op tegenspraak en ten aanzien van de gedaagde(n) tegen wie verstek is verleend, een verstekprocedure. Het karakter van de procedure — van verstek naar contradictoir — wijzigt voor een niet verschenen gedaagde alleen als die gedaagde gebruik maakt van de mogelijkheid zijn verstek te zuiveren voordat vonnis wordt gewezen.^[32.]

2.31

De door Boss aangevoerde argumenten leggen naar mijn oordeel onvoldoende gewicht in de schaal. Er zijn meer processuele voorschriften die het instellen van een rechtsmiddel laten afhangen van de beoordeling van een vonnis, bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of een vonnis een deelvonnis dan wel een tussenvonnis is of de regel dat appellabiliteit wordt beoordeeld aan de hand van de waarde van de vordering waarover de rechter in eerste aanleg had te beslissen. Ook dat laatste kan gedurende de procedure wijzigen, doch de rechtszekerheid is dan niet in het gedrang. Het tweede argument, te weten dat art. 140 lid 3 Rv tevens tot doel heeft dat ernstige vertragingen in de procedure worden voorkomen, is m.i. onjuist. De enige ratio van het voorschrift is het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken doordat verschillende rechtsmiddelen zouden kunnen worden aangewend door de verschillende gedaagden.

2.32

Het voorgaande brengt m.i. mee dat in de situatie waarop de eerste prejudiciële vraag ziet, het vonnis moet worden aangemerkt als een verstekvonnis.

Vraag 2

2.33

Het hof heeft bij de formulering van vraag 2 de veronderstelling tot uitgangspunt genomen dat het vonnis als een vonnis op tegenspraak moet worden aangemerkt. Nu dat m.i. niet het geval is, behoeft vraag 2 geen beantwoording.

3. Conclusie

3.1

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen in de hierboven onder 2.32 en 2.33 vermelde zin.

Voetnoten

[1.]

Zie het arrest van Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2016, rov. 3.1.

[2.]

Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg de vonnissen van de Rb. Oost-Brabant 16 februari 2011, rov. 3.1, 21 september 2011, rov. 3.1, 12 december 2012, rov. 4.8 en 5.1, 12 november 2014, rov. 2.9 en 3.1 en 22 april 2015, rov. 3.1-3.3. Zie voor het procesverloop in hoger beroep de arresten van Hof 's-Hertogenbosch van 13 december 2016, rov. 3.2.1-3.6 en van 21 maart 2017, rov. 5.

[3.]

Voluit: Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden, *Stcrt.* 4 juni 2012, nr. 10675.

[4.]

De standpunten van partijen blijken uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 24 januari 2012, de conclusie na enquête van Boss, par. 2-7, de conclusie na enquête van De Groot en Viehoff, par. 3-4, de memorie van grieven in incidenteel appel van Boss in zaak 397, par. 79-91, de memorie van antwoord in incidenteel appel van De Groot in zaak 397, par. 3-12, de memorie van grieven van Boss in zaak 411, par. 11-23 en de memorie van antwoord van Viehoff in zaak 411, par. 21-29.

[5.]

Zie ook par. 2.6-2.15 van mijn conclusie voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89, m.nt. H.J. Snijders.

[6.]

Doordat uitsluitend het rechtsmiddel van hoger beroep kan worden aangewend en niet het rechtsmiddel van verzet 'verspeelt' de niet-verschenen gedaagde een feitelijke instantie, aldus *Asser Procesrecht/Van Schaik 2* 2016/81, en daarmee ook de mogelijkheid om een beroep te doen op de onbevoegdheid van de rechtbank, een reconventionele vordering in te dienen of een derde in vrijwaring op te roepen.

[7.]

Zie R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, II, 1900, p. 236.

[8.]

Zie o.m. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1; HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290, m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.2; HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0570, *NJ* 1992/448, rov. 3.3 en M. Ynzonides, *Verstek en verzet*, diss. 1996, § 2.5.3.9, m.n. p. 60-61.

[9.]

Zo ook Von Schmidt auf Altenstadt, GS Burgerlijke rechtsvordering, art. 140 Rv, aant. 5 en art. 147 Rv, aant. 5; Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8164, rov. 4.2 en J.R. Simonsma in zijn noot onder dit vonnis in *JBPr* 2013/9, onder 2.

[10.]

Het betreft zes gepubliceerde uitspraken in de periode 1935-2013.

[11.]

Rb. Amsterdam 26 april 1935, *NJ* 1936/252.

[12.]

Art. 79 Rv luidde ten tijde van deze uitspraak als volgt: "Indien van meerdere gedaagden één of meer niet verschijnen, wordt de zaak ten opzichte van de verschijnenden aangehouden en tegen de niet-verschijnenden verstek verleend. Ieder der verschenen partijen heeft het recht om dit verstek aan de niet-verschienen partijen te doen betekenen, met oproeping van alle partijen tegen den dag, waarop zij de zaak opnieuw ter rolle wil doen dienen. Voor deze oproeping moet in acht genomen worden de voor dagvaarding voorgeschreven termijnen. Tusschen al de partijen wordt uitspraak gedaan bij een en hetzelfde vonnis, hetwelk als een vonnis op tegenspraak gewezen wordt beschouwd en waartegen geen verzet wordt toegelaten".

[13.]

Rb. Zwolle 25 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9312, *JBPr* 2007/90, m.nt. J.R. Simonsma, rov. 2.2.

[14.]

Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8164, *JBPr* 2013/9, m.nt. J.R. Simonsma; *NJF* 2012/460 en *Prg.* 2012/294.

[15.]

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312, *JBPr* 2014/20, m.nt. E. Gras, rov. 3.6 en 3.7.

[16.]

Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1978, ECLI:NL:RBSGR:1978:AB7150, *NJ* 1978/620.

[17.]

Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4885, *JBPr* 2008/22, m.nt. T.R.B. de Greve; *NJF* 2007/508, rov. 4.3.2 en 4.3.3.

[18.]

M. Ynzonides, *Verstek en Verzet*, diss. 1996, p. 61.

[19.]

Mierlo/Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (2011) nr. 199, met verwijzing naar o.m. het proefschrift van Ynzonides.

[20.]

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/81.

[21.]

Von Schmidt auf Altenstadt, GS Burgerlijke rechtsvordering, art. 140 Rv, aant. 5 en art. 147 Rv, aant. 5.

[22.]

T.A.J.M. Provaas en J.R. Simonsma, 'Verschienen en verdwenen, een art. 140 Rv-probleem', *Praktisch procederen* 2006/3, p. 90-91. Zie ook de noten van Simonsma onder Rechtbank Zwolle 25 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9312, *JBPr* 2007/90 en Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8164, *JBPr* 2013/9.

[23.]

Zie *JBPr* 2007/90, onder 4.

[24.]

In zijn noot in *JBPr* 2014/20 onder het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden (zie hiervoor onder 2.12).

[25.]

Voor het door hem ter adstructie gegeven geval dat zowel de inleidende dagvaarding als het vonnis niet in persoon zijn betekend met als gevolg dat een partij kan worden geconfronteerd met een vonnis dat onaantastbaar kan zijn geworden louter door het verloop van drie maanden na de uitspraak, heeft de Hoge Raad inmiddels een oplossing geboden, zie HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.3.

[26.]

Zie zijn noot in *JBPr* 2008/22.

[27.]

Prg. 2012/294.

[28.]

Volgens Simonsma zit de redactie op het spoor van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, zie zijn noot onder Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012, *JBPr* 2013/9, onder 3.

[29.]

Zie mijn conclusie voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89, onder 2.9 en 2.10 met verdere verwijzingen. Zie voorts *Asser Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/82, die de keuze wel kan billijken maar ook verwijst naar het Duitse en Franse recht op grond waarvan het vonnis tegen de niet verschenen gedaagde een verstekvonnis blijft.

[30.]

Aldus ook Sijmonsma in zijn noot onder het hiervoor onder 2.10 genoemde vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage uit 2012.

[31.]

Zo ook Gras in zijn in noot 24 genoemde annotatie.

[32.]

Zie HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0570, *NJ* 1992/448, rov. 3.3.