

# VOORWOORDEN BIJ EERDERE DRUKKEN

## **Voorwoord bij de eerste druk**

In dit boek hebben wij de belangrijkste aspecten van het appelprocesrecht in civiele zaken beschreven. Ons belangrijkste doel was niet volledigheid, maar het geven van inzicht.

Wij hebben ieder een gedeelte van dit boek geschreven. Aangezien wij elkaars bijdragen hebben becommentarieerd, zijn onze teksten met elkaar verweven geraakt. Wij zijn alle drie hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk.

Bij de voorbereiding van dit boek hebben wij waardevolle steun gehad van mr. P. de Meij, gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden, verbonden aan de civiele kamer.

De kopij is afgesloten op 1 juli 2008.

## **Voorwoord bij de tweede druk**

Doordat de eerste druk van dit boek al vrij snel was uitverkocht, was een spoedige tweede druk noodzakelijk. Daarin zijn enkele oneffenheden gecorrigeerd; voorts is de inmiddels verschenen literatuur en jurisprudentie verwerkt en becommentarieerd. De kopij is afgesloten op 1 juli 2012.

Den Haag

F.B. Bakels

A. Hammerstein

E.M. Wesseling-van Gent

## VOORWOORD BIJ DE DERDE DRUK

In deze derde druk zijn op een groot aantal plaatsen kleinere wijzigingen en aanvullingen doorgevoerd van uiteenlopende aard. In de meeste gevallen gaat het om verwerking van inmiddels verschenen rechtspraak of literatuur; deze heeft plaatsgevonden tot 1 januari 2018. Vaak kon met enkele vermelding of verwijzing worden volstaan; soms is aanleiding gevonden tot uiteenzettingen van uitvoeriger aard. Daartegenover staat dat in hoofdstuk 5 de paragraaf over interne rechtsvergelijking is geschrapt. De handboeken over andere delen van het Nederlandse recht bieden wat dat betreft een beter beeld dan onze noodzakelijkerwijs enigszins globale beschrijving daarvan.

Hoewel de invoering van KEI, ook al is het met enig uitstel, op afzienbare termijn is te verwachten, leidde dit niet tot veel aanpassing van de tekst. Die invoering zal immers geen belangrijke wijzigingen brengen in de wettelijke regeling van het hoger beroep. Wel werd, waar daartoe aanleiding bestaat, kort melding gemaakt van de regeling die KEI meebrengt. Ook heeft naar aanleiding van die invoering een (kleine) terminologische ingreep plaatsgevonden: het woord 'geïntimeerde' is overal vervangen door verweerder. Het woord 'appellant' is echter gehandhaafd.

De civiele sectie van het Gerechtshof te Den Haag heeft ons het genoegen gedaan om de tweede druk van ons boek systematisch te bestuderen en ons vervolgens uit te nodigen om de naar aanleiding daarvan gerezen vragen te bespreken. Met deze discussie, waarvoor wij zeer erkentelijk zijn, hebben wij in deze druk ons voordeel kunnen doen. Al eerder, na het verschijnen van de eerste druk, hebben wij een soortgelijk bezoek mogen afleggen aan de civiele sectie van (toen nog) het Gerechtshof te Arnhem. Ook dit bezoek heeft tot verduidelijkingen in de tekst geleid, en ook dit hof zijn wij dankbaar voor de aan ons werk bestede aandacht en tijd. In vragen en opmerkingen die na (ar aanleiding van) deze derde druk mochten rijzen, vooral van praktische zijde, blijven wij zeer geïnteresseerd.

Haarlem/Arnhem/Leidschendam

F.B. Bakels

A. Hammerstein

E.M. Wesseling-van Gent

# INHOUDSOPGAVE

<i>Voorwoorden bij eerdere drukken</i>	IX
<i>Voorwoord bij de derde druk</i>	XI
<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	XVII
<i>Lijst van verkort aangehaalde werken</i>	XXVII
<b>Hoofdstuk 1 - Inleiding</b>	1
1.1 Het hoger beroep naar de kern genomen	1
1.2 De wijze van procederen in hoger beroep en de taak van de appelrechter	6
1.3 De werking van het hoger beroep	8
1.4 Rechtspraak in twee feitelijke instanties als uitgangspunt van wetgeving	10
<b>Hoofdstuk 2 - Appellabiliteit</b>	11
2.1 Appellabiliteit als uitgangspunt	11
2.2 De in het algemeen geldende appelgrens	12
2.3 Vorderingen van onbepaalde waarde en de optelregel	17
2.4 Specifieke wettelijke uitsluitingen van hoger beroep	20
2.5 Doorbreking van een specifiek wettelijk rechtsmiddelenverbod	22
2.6 Doorbreking en incidenteel appel	25
2.7 Tussentijds appel van een tussenvonnis	26
2.8 Argumenten voor wettelijke uitsluiting van tussentijds appel	28
2.9 Tussenvonnis, eindvonnis en deelvonnis	31
2.10 Doorbreking van het verbod van tussentijds appel	33
2.11 Appeltermijn	37
2.12 Appel bij een onbevoegd hof	42
<b>Hoofdstuk 3 - Partijen in hoger beroep</b>	43
3.1 Wie kan appel instellen	43
3.2 Wie zijn partijen in hoger beroep?	46
3.3 Rechtsstrijd tussen meer dan twee partijen	49
3.4 Partijwisseling	52
3.5 Uitzonderingen op de regel dat een rechtsmiddel dat wordt ingesteld tegen of door de verkeerde partij, tot niet-ontvankelijkheid leidt	58
3.6 De grenzen van de deformalisering; in de literatuur geleverde kritiek	63
3.7 De hoedanigheid van procespartijen	64

	<b>Hoofdstuk 4 - De appeldagvaarding en de inschrijving daarvan ter rolle</b>	67
4.1	Wijze van instellen van hoger beroep. De appeldagvaarding	67
4.2	Betekening van de appeldagvaarding	70
4.3	Aanhangigheid en inschrijving ter rolle	75
4.4	Nietigheden, inschrijvingsverzuimen en herstelexploot	76
4.5	Belang van het standpunt van verweerder in geval van gebreken in het appelexploot	82
4.6	Herstel van fouten en de eisen van een goede procesorde, een glijdende schaal	84
	<b>Hoofdstuk 5 - De twee-eenheid van het grievenstelsel en de devolutieve werking; algemene opmerkingen</b>	87
5.1	Achtergrond en historie	87
5.2	Het door de Hoge Raad ontwikkelde stelsel; ruime en enge opvatting van het begrip grief	90
5.3	Aan het grievenstelsel verbonden bezwaren	97
5.4	De verhouding tussen de eerste instantie en het hoger beroep	98
5.5	Externe en interne rechtsvergelijking	102
	<b>Hoofdstuk 6 - De memorie van grieven</b>	107
6.1	Het grievenstelsel en de eisen van een goede procesorde	107
6.2	De wijze waarop en het stadium waarin appellants zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak naar voren dient te brengen. De in beginsel strakke regel	108
6.3	Drie uitzonderingen op de 'in beginsel strakke regel'	111
6.4	De duidelijkheid waarmee appellants zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak naar voren dient te brengen	120
6.5	De definitieve omlijning van het hoger beroep	123
6.6	Het verbod van reformatio in peius	127
	<b>Hoofdstuk 7 - De devolutieve werking van het appel</b>	129
7.1	Begrip en rechtsvergelijking	129
7.2	De devolutieve werking in ons recht en de voorshands verborgen 'tweede fase' van het geding	132
7.3	'Tweede fase'-stellingen: van 'mits gehandhaafd' tot 'tenzij prijsgegeven'	138
7.4	Twee lastige arresten: Gouda/Lutz en Utimaco	140
7.5	Beperking van de afwenteling van het geschil op de appelrechter	144
	<b>Hoofdstuk 8 - Het tussentijds appel</b>	149
8.1	Evocatie en prorogatie; de eisen van een goede procesorde	149
8.2	De verdere behandeling na verwijzing van de zaak	151
	<b>Hoofdstuk 9 - Het effect van de devolutieve werking van het tussentijds appel voor de eerste instantie</b>	153
9.1	De schorsende werking van het tussentijds appel	153
9.2	Uitvoerbaarverklaring bij voorraad	155

	<b>Hoofdstuk 10 - Beperking en verruiming van het processuele debat in hoger beroep</b>	157
10.1	Beperking van het processuele debat; de leer van de bindende eindbeslissing	157
10.2	Verruiming van het processuele debat in hoger beroep	161
10.3	Nieuwe feiten	165
10.4	Verandering of vermeerdering van eis	166
10.5	Nieuwe verweren	170
10.6	Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden	171
10.7	De openbare orde	174
	<b>Hoofdstuk 11 - De memorie van antwoord</b>	181
11.1	Verweer in hoger beroep/incidenteel appel	181
	<b>Hoofdstuk 12 - Niet-ontvankelijkheden</b>	183
12.1	Gronden voor niet-ontvankelijkheid	183
12.2	Belang bij het beroep	184
12.3	Verbetering van kennelijke fouten in en aanvulling van reeds gedane uitspraken	187
12.4	Berusting	190
12.5	Verzuim van aantekening in het rechtsmiddelenregister en van kennisgeving rechtsmiddel	193
12.6	De achtergebleven partij	195
12.7	Niet alle betrokken partijen zijn in het geding geroepen	196
	<b>Hoofdstuk 13 - Het incidentele hoger beroep</b>	201
13.1	Verzelfstandiging	201
13.2	Hoe en wanneer?	204
	<b>Hoofdstuk 14 - Het bewijs in hoger beroep</b>	207
14.1	Inleiding	207
14.2	Bewijsaanbod in hoger beroep	207
14.3	Bewijs en grievenstelsel	212
	<b>Hoofdstuk 15 - Incidenten</b>	215
15.1	Vrijwaring	215
15.2	Voeging en tussenkomst	216
15.3	Gedwongen deelname	217
15.4	Voorlopige voorziening	218
15.5	Uitvoerbaarverklaring bij voorraad en schorsing van de tenuitvoerlegging	219
	<b>Hoofdstuk 16 - Hoger beroep van beschikkingen</b>	221
16.1	Appellabiliteit en partijen	221
16.2	Wijze van procederen	222
16.3	De verplichting gronden (grievens) aan te voeren	228
16.4	Overige regels	230

---

	<b>Hoofdstuk 17 - De proceskosten</b>	237
17.1	Overeenkomstige toepassing van art. 237 Rv	237
	<b>Hoofdstuk 18 - Hoger beroep in kort geding</b>	241
18.1	Enkele bijzondere regels	241
	<b>Hoofdstuk 19 - Het geding na cassatie en verwijzing</b>	245
19.1	Inleiding	245
19.2	De binding van de verwijzingsrechter aan vóór cassatie gegeven, onbestreden beslissingen	249
19.3	De mogelijkheid voor partijen om nieuwe feitelijke stellingen aan te voeren	250
19.4	Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de verwijzingsrechter	252
	<b>Hoofdstuk 20 - Over de appelrechter</b>	255
20.1	Taak en werkwijze van de appelrechter	255
	<i>Zakenregister</i>	263
	<i>Wetsartikelenregister</i>	275
	<i>Jurisprudentieregister</i>	281

# UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
1.1	Het hoger beroep naar de kern genomen	1
	1 Ontwikkeling in het verleden	
	2 Enkele kernpunten	
	3 Voortgezette ontwikkeling	
	4 Belangrijkste kenmerken	
1.2	De wijze van procederen in hoger beroep en de taak van de appelrechter	6
	5 Enkele wenken aan de praktijk	
	6 Twee fasen	
1.3	De werking van het hoger beroep	8
	7 Rechtsgevolgen van appel en van vernietiging	
	8 Beslag en vernietiging	
1.4	Rechtspraak in twee feitelijke instanties als uitgangspunt van wetgeving	10
	9 Twee feitelijke instanties; principe	
<b>2</b>	<b>Appellabiliteit</b>	<b>11</b>
2.1	Appellabiliteit als uitgangspunt	11
	10 Twee feitelijke instanties; financiële appelgrens	
	11 Appellabiliteit is van openbare orde	
2.2	De in het algemeen geldende appelgrens	12
	12 Historie, financiële appelgrens en bevoegdheid kantonrechter	
	13 Art. 332: criterium appellabiliteit	
	14 Belang van het verweer van de gedaagde	
	15 Bepaling van de waarde van de vordering	
	16 Nevenvorderingen tellen mee	
	17 Vervallen	
	18 Moment beoordeling appellabiliteit	
2.3	Vorderingen van onbepaalde waarde en de optelregel	17
	19 Appellabiliteit van vorderingen van onbepaalde waarde	
	20 Art. 332 lid 2: optelregel bij objectieve cumulatie	
	21 Art. 332 lid 3: optelregel in geval van conventie en reconventie	
2.4	Specifieke wettelijke uitsluitingen van hoger beroep	20
	22 Wettelijke rechtsmiddelenverboden	
	23 Redenen voor rechtsmiddelenverboden	
2.5	Doorbreking van een specifiek wettelijk rechtsmiddelenverbod	22
	24 Doorbrekingsgronden	
	25 Sommige rechtsmiddelenverboden kunnen niet worden doorbroken	
2.6	Doorbreking en incidenteel appel	25
	26 Stelplicht van appelland en verweerder; het rechterlijk oordeel	
2.7	Tussentijds appel van een tussenvonnis	26
	27 Tussentijds hoger beroep van een tussenvonnis is in beginsel uitgesloten	
	28 Art. 337 lid 2; wetsgeschiedenis	
	29 Art. 337 lid 2; ratio	

2.8	Argumenten voor wettelijke uitsluiting van tussentijds appel	28
	30 Uitsluiting van tussentijds appel; argumenten pro en contra	
	31 Doelmatigheid	
	32 Bezwaren tegen uitsluiting van de mogelijkheid van tussentijds appel	
2.9	Tussenvonnis, eindvonnis en deelvonnis	31
	33 Dictum beslissend voor de appellabiliteit	
	34 Het tussenvonnis	
	35 Het eindvonnis	
2.10	Doorbreking van het verbod van tussentijds appel	33
	36 Appel van een deelvonnis	
	37 Verzoek van partijen tot openstellen van tussentijds hoger beroep	
	38 Partijverzoek nadat een tussenvonnis is gewezen	
2.11	Appeltermijn	37
	39 De appeltermijn en de berekening daarvan	
	40 Termijnoverschrijding als gevolg van een apparaatsfout	
2.12	Appel bij een onbevoegd hof	42
	41 Absolute en relatieve bevoegdheid	
<b>3</b>	<b>Partijen in hoger beroep</b>	<b>43</b>
3.1	Wie kan appel instellen	43
	42 In de dagvaardingsprocedure	
	43 In de verzoekschriftprocedure	
3.2	Wie zijn partijen in hoger beroep?	46
	44 Aan de zijde van appelland	
	45 Oprekken van het partijbegrip	
	46 Aan de zijde van verweerder	
3.3	Rechtsstrijd tussen meer dan twee partijen	49
	47 Exceptio plurium litis consortium	
3.4	Partijwisseling	52
	48 Geen regel zonder uitzondering	
	49 Partijwisseling tijdens een lopende instantie	
	50 Gevolgen voor het hoger beroep van partijwisseling tijdens de eerste aanleg	
	51 Rechtsopvolging onder algemene titel	
	52 Rechtsopvolging onder bijzondere titel	
	53 Verandering van persoonlijke staat	
3.5	Uitzonderingen op de regel dat een rechtsmiddel dat wordt ingesteld tegen of door de verkeerde partij, tot niet-ontvankelijkheid leidt	58
	54 Eerste uitzondering: verschoonbare onwetendheid	
	55 Tweede uitzondering: geen in rechte te respecteren belang	
	56 Derde uitzondering: kennelijke vergissing	
3.6	De grenzen van de deformalisering; in de literatuur geleverde kritiek	63
	57 Partijwisseling en grenzen aan de deformalisering	
	58 Een soepel systeem	
3.7	De hoedanigheid van procespartijen	64
	59 Formele en materiële procespartij; vertegenwoordiging	
	60 Hoedanigheid is van openbare orde	
<b>4</b>	<b>De appeldagvaarding en de inschrijving daarvan ter rolle</b>	<b>67</b>
4.1	Wijze van instellen van hoger beroep. De appeldagvaarding	67
	61 De appeldagvaarding bakent de rechtsstrijd niet definitief af	
	62 Inhoud appeldagvaarding	
	63 Aan een exploit te stellen eisen	

4.2	Betekening van de appeldagvaarding	70
	64 Twee wijzen van betekening	
	65 Kantoorbetekening advocaat	
	66 De procesinleiding en het aanbrengen van een vorderingszaak in hoger beroep onder KEI	
	67 Kantoorbetekening in de procedure na cassatie en verwijzing	
	68 Woonplaatskeuze	
	69 Kantoorbetekening deurwaarder	
4.3	Aanhangigheid en inschrijving ter rolle	75
	70 Aanhangigheid geding	
	71 Inschrijving ter rolle en verval van aanhangigheid	
4.4	Nietigheden, inschrijvingsverzuimen en herstelexploot	76
	72 Nietigheid van het exploot en herstel van gebreken	
	73 Herstel van andere fouten in het exploot en van inschrijvingsverzuimen	
	74 Het herstelexploot	
	75 Grenzen aan de mogelijkheid een herstelexploot uit te brengen	
4.5	Belang van het standpunt van verweerder in geval van gebreken in het appelexploot	82
	76 Processuele houding van verweerder	
4.6	Herstel van fouten en de eisen van een goede procesorde, een glijdende schaal	84
	77 Uitgangspunten	
	78 Afweging van belangen; een glijdende schaal	
	79 De rechtszekerheid en de belangen van beide partijen	
	80 De kern	
<b>5</b>	<b>De twee-eenheid van het grievenstelsel en de devolutieve werking; algemene opmerkingen</b>	<b>87</b>
5.1	Achtergrond en historie	87
	81 Twee-eenheid; drie doelstellingen	
	82 Hoger beroep als nieuwe instantie; historie	
5.2	Het door de Hoge Raad ontwikkelde stelsel; ruime en enge opvatting van het begrip grief	90
	83 Het grievenstelsel en de motiveringsplicht van appellat	
	84 De definitie van het begrip 'grief'	
	85 Een mogelijk misverstand	
	86 De kern van het verschil tussen de ruime en de enge definitie van het begrip grief	
	87 Argumenten ten gunste van de enge opvatting van het begrip grief en relativering daarvan	
	88 Een in de literatuur gerezen misverstand	
	89 Het arrest Maclaine Pont/De Haan	
	90 De keuze: een rechtspolitieke kwestie	
5.3	Aan het grievenstelsel verbonden bezwaren	97
	91 Drie bezwaren van het grievenstelsel	
5.4	De verhouding tussen de eerste instantie en het hoger beroep	98
	92 Verhouding tussen de eerste instantie en het hoger beroep. Twee uitersten; mengvormen	
	93 Wezenlijk verschillende functies van appel en cassatie	
	94 De visie van het driemanschap Asser, Groen & Vranken; versoepeling van het grievenstelsel	
	95 De invloed van de versnelling van de eerste aanleg op het appel	
5.5	Externe en interne rechtsvergelijking	102
	96 Het grievenstelsel in Frankrijk en Duitsland	
	97 Het appel in het Caribisch deel van het Koninkrijk: geen grievenstelsel	
	98-100 Vervallen	

<b>6</b>	<b>De memorie van grieven</b>	107
6.1	Het grievenstelsel en de eisen van een goede procesorde	107
	101 Het grievenstelsel en de partijautonomie	
	102 Twee moeilijk te verklaren arresten	
	103 Drie rechtsgevolgen van de eisen van een goede procesorde	
6.2	De wijze waarop en het stadium waarin appellant zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak naar voren dient te brengen. De in beginsel strakke regel	108
	104 Het appel kan mede dienen tot herstel van eigen fouten	
	105 De advocaat van appellant; praktische wenken	
	106 Het stadium waarin de grieven moeten worden aangevoerd	
6.3	Drie uitzonderingen op de 'in beginsel strakke regel'	111
	107 Drie uitzonderingen	
	108 Ondubbelzinnige toestemming van de verweerder	
	109 De eisen van een goede procesorde	
	110 De apparaatsfout; aanvankelijke stand van zaken	
	111 De apparaatsfout; versoepeling van het standpunt van de Hoge Raad	
	112 Nieuwe ontwikkelingen van feitelijke of juridische aard	
	113 De op het verkeerde been gezette appellant	
	114 De aard van de procedure; faillissement en alimentatiegeschillen	
	115 De aard van de procedure; andere gevallen	
	116 Drie gevallen waarin de tweeconclusieregel niet van toepassing is	
6.4	De duidelijkheid waarmee appellant zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak naar voren dient te brengen	120
	117 De aan een grief te stellen eisen	
	118 Grievens moeten voldoende worden gepreciseerd en gemotiveerd; de veeggrief	
	119 Gevallen waarin een veeggrief wel/niet doel treft	
	120 Een processueel 'prijkskaartje'	
	121 De veeggrief en art. 25 Rv	
6.5	De definitieve omlijning van het hoger beroep	123
	122 Het appelexploit en (het petitum van) de memorie van grieven	
	122a Het door de grieven ontsloten gebied en de grenzen van de rechtsstrijd	
6.6	Het verbod van reformatio in peius	127
	123 Het verbod van reformatio in peius en de grenzen daarvan	
	124 Vervallen	
<b>7</b>	<b>De devolutieve werking van het appel</b>	129
7.1	Begrip en rechtsvergelijking	129
	125 Het positieve en het negatieve aspect van de devolutieve werking	
	126 Devolutieve werking: een open begrip	
	127 Devolutieve werking in Italië	
	128 Devolutieve werking in Frankrijk, Duitsland en België	
	129 Devolutieve werking in Nederland	
7.2	De devolutieve werking in ons recht en de voorshands verborgen 'tweede fase' van het geding	132
	130 De voorshands verborgen tweede fase van het appel	
	131 De omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep	
	132 Een aan de rechtspraak ontleend voorbeeld	
	133 In eerste aanleg verworpen stellingen of verweren van de verweerder	
	134 De processuele positie in eerste aanleg van de verweerder is voor de devolutieve werking niet van belang	
	135 Het onderscheid tussen verschillende vorderingen en verschillende grondslagen voor de vordering	

7.3	'Tweede fase'-stellingen: van 'mits gehandhaafd' tot 'tenzij prijsgegeven'	138
	136 Van 'mits' naar 'tenzij'	
	137 De devolutieve werking dient de proceseconomie	
	138 Het overbodige incidentele appel	
7.4	Twee lastige arresten: Gouda/Lutz en Utimaco	140
	139 Het arrest Gouda/Lutz: vier stappen	
	140 Het arrest Utimaco/D&R: geen uitbreiding van de devolutieve werking	
	141 De kern: het dictum	
7.5	Beperking van de afwenteling van het geschil op de appelrechter	144
	142 Negatieve aspecten; de devolutieve werking wordt beperkt door het grievenstelsel	
	143 Negatieve aspecten; behandeling van 'tweede fase'-stellingen en weren in één instantie	
<b>8</b>	<b>Het tussentijds appel</b>	149
8.1	Evocatie en prorogatie; de eisen van een goede procesorde	149
	144 De rechtsgevolgen van bekrachtiging en vernietiging van tussenuitspraken	
	145 Evocatie, prorogatie en verdere behandeling	
	146 Evocatie, prorogatie en de eisen van een goede procesorde	
8.2	De verdere behandeling na verwijzing van de zaak	151
	147 Vernietiging, terugwijzing en overwegingen ten overvloede	
	148 De procedure na cassatie en verwijzing: geen doorverwijzing	
<b>9</b>	<b>Het effect van de devolutieve werking van het tussentijds appel voor de eerste instantie</b>	153
9.1	De schorsende werking van het tussentijds appel	153
	149 Gevolgen van het tussentijds appel voor de eerste instantie	
	150 Het rechtsgevolg van het niet-toegestane tussentijds appel en van doorprocederen in eerste aanleg	
9.2	Uitvoerbaarverklaring bij voorraad	155
	151 Uitvoerbaarverklaring bij voorraad doorbreekt de schorsende werking; het executiegeschil en herstel van verzuim	
<b>10</b>	<b>Beperking en verruiming van het processuele debat in hoger beroep</b>	157
10.1	Beperking van het processuele debat; de leer van de bindende eindbeslissing	157
	152 Inleiding	
	153 De bindende eindbeslissing; daaraan verbonden voordelen	
	154 De bindende eindbeslissing in hoger beroep en cassatie	
	155 De bindende eindbeslissing; daaraan verbonden bezwaren	
	156 De bindende eindbeslissing bindt steeds minder	
	157 De literatuur; de voorlopige beslissing	
	158 De huidige stand van zaken	
10.2	Verruiming van het processuele debat in hoger beroep	161
	159 Mogelijkheden tot verruiming van de processtof; het beslismoment	
	160 De grenzen van de mogelijkheid tot verruiming van het processuele debat in hoger beroep	
	161 De opvatting van H.J. Snijders	
10.3	Nieuwe feiten	165
	162 Nieuwe feiten en de eisen van een goede procesorde	
	163 Toepassing: het arrest FCI/Joustra	
10.4	Verandering of vermeerdering van eis	166
	164 Art. 130 Rv en het grievenstelsel	
	165 Art. 130 Rv en de eisen van een goede procesorde	

	166	Art. 130 Rv mag ambtshalve worden gehanteerd	
	167	Verdere grenzen	
	168	Afdoening in één instantie	
10.5		Nieuwe verweren	170
	169	Drie grenzen van de bevoegdheid nieuw verweer te voeren in hoger beroep	
	170	Parallel tussen de posities van oorspronkelijk eiser en oorspronkelijk gedaagde	
10.6		Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden	171
	171	Twee opvattingen over de toepassing van art. 25 Rv in hoger beroep; belang daarvan	
	172	Een voorbeeld	
	173	Art. 25 Rv en de taakverdeling tussen rechter en partijen	
	174	De Hoge Raad huldigt de enge leer	
	175	Ambtshalve toepassing van vreemd recht	
10.7		De openbare orde	174
	176	De grenzen van de verplichting regels van openbare orde ambtshalve toe te passen	
	177	De omschrijving van het begrip openbare orde, drie specifieke categorieën	
<b>11</b>		<b>De memorie van antwoord</b>	<b>181</b>
11.1		Verweer in hoger beroep/incidenteel appel	181
	178	De advocaat van verweerder; praktische wenken	
<b>12</b>		<b>Niet-ontvankelijkheden</b>	<b>183</b>
12.1		Gronden voor niet-ontvankelijkheid	183
	179	Ambtshalve toe te passen niet-ontvankelijkheden	
12.2		Belang bij het beroep	184
	180	Voldoende belang om een procedure te rechtvaardigen	
	181	Openbare orde	
	182	Strikte handhaving	
	183	Proceskosten als belang	
12.3		Verbetering van kennelijke fouten in en aanvulling van reeds gedane uitspraken	187
	184	Samenloop van herstel, aanvulling en beroep	
	185	Wat is een kennelijke fout?	
	186	Geen hogere voorziening tegen verbetering	
	187	Kwalificatie ambtshalve te beoordelen door de appelrechter	
12.4		Berusting	190
	188	Omschrijving; gevolgen	
	189	Berusting alleen tijdens de appeltermijn	
	190	Berusting is een rechtshandeling	
	191	Enkel meewerken aan uitvoering van het vonnis is geen berusting	
	192	Geen nadeel vereist	
	193	Feitelijk oordeel	
	194	Berusting op voorhand	
12.5		Verzuim van aantekening in het rechtsmiddelenregister en van kennisgeving rechtsmiddel	193
	195	Inschrijving in de registers	
	196	Oproeping verzoeker	
12.6		De achtergebleven partij	195
	197	Vooraf stellen van zekerheid	
12.7		Niet alle betrokken partijen zijn in het geding geroepen	196
	198	Oproepen van een derde	

	199	Buitenwettelijke voorbeelden	
	200	Gevallen die géén niet-ontvankelijkheid opleveren	
<b>13</b>		<b>Het incidentele hoger beroep</b>	201
13.1		Verzelfstandiging	201
	201	Noodzaak van incidenteel hoger beroep	
	202	Ruime toepassing	
	203	Voorwaardelijk incidenteel appel	
13.2		Hoe en wanneer?	204
	204	Hoe?	
	205	Wanneer?	
	206	Ook na berusting; het zekerheidshalve ingestelde incidentele appel	
	207	Incidenteel appel onderscheiden van principaal appel	
<b>14</b>		<b>Het bewijs in hoger beroep</b>	207
14.1		Inleiding	207
	208	Algemene regels van toepassing, aangevuld met specifieke regels voor hoger beroep	
14.2		Bewijsaanbod in hoger beroep	207
	209	Voldoende specifiek en ter zake dienend bewijsaanbod	
	210	Reeds in eerste aanleg gehoorde getuigen	
	211	Tegenbewijs	
	212	Goede procesorde	
	213	Voor het eerst in appel gedaan bewijsaanbod	
	214	Prognoseverbod	
14.3		Bewijs en grievenstelsel	212
	215	Er zijn nog geen getuigen gehoord	
	216	Er zijn al getuigen gehoord	
	217	Bewijswaardering in appel	
	218	Gevolgen van een andere bewijswaardering	
<b>15</b>		<b>Incidenten</b>	215
15.1		Vrijwaring	215
	219	Niet voor het eerst in hoger beroep	
	220	Twee afzonderlijke procedures	
15.2		Voeging en tussenkomst	216
	221	Overeenkomstige toepassing van art. 217 Rv	
15.3		Gedwongen deelname	217
	222	Herstel in appel; art. 118 Rv	
15.4		Voorlopige voorziening	218
	223	Voorwaarden	
15.5		Uitvoerbaarverklaring bij voorraad en schorsing van de tenuitvoerlegging	219
	224	Incidentele vordering	
<b>16</b>		<b>Hoger beroep van beschikkingen</b>	221
16.1		Appellabiliteit en partijen	221
	225	Algemeen	
	226	Alleen van eindbeschikkingen, tenzij de rechter anders heeft bepaald	
	227	Absolute competentie ambtshalve beoordelen	
16.2		Wijze van procederen	222
	228	Partijen en belanghebbenden	
	229	Termijn	

	230	Ambtshalve beoordeling	
	231	Wijze van indienen	
	232	Per fax	
	233	Risico van fouten	
	234	Eisen waaraan het beroepschrift moet voldoen	
	235	Ondertekening	
16.3		De verplichting gronden (grieven) aan te voeren	228
	236	Gronden moeten aangevoerd worden in het beroepschrift; uitzonderingen	
	237	Andere uitzonderingen op de regel	
	238	Strikte handhaving	
	239	Beoordeling van de regel	
16.4		Overige regels	230
	240	Schorsende werking	
	241	Verloop van de procedure	
	242	Geen verstek	
	243	Verweerschrift en incidenteel appel	
	244	Mondelinge behandeling	
	245	Wijziging van het verzoek	
	246	Geen gedekt verweer	
	247	Bewijsrecht van overeenkomstige toepassing	
	248	Grievensstelsel en devolutieve werking	
<b>17</b>		<b>De proceskosten</b>	<b>237</b>
17.1		Overeenkomstige toepassing van art. 237 Rv	237
	249	Wie draagt de proceskosten?	
	250	Kosten van de eerste aanleg	
	251	Voorwaardelijk incidenteel appel	
<b>18</b>		<b>Hoger beroep in kort geding</b>	<b>241</b>
18.1		Enkele bijzondere regels	241
	252	Bijzonderheden	
<b>19</b>		<b>Het geding na cassatie en verwijzing</b>	<b>245</b>
19.1		Inleiding	245
	253	De rechter naar wie wordt verwezen	
	254	Onvoltooide instantie	
	255	Aanbrengen van de zaak na verwijzing	
	256	Onderzoek door de verwijzingsrechter	
19.2		De binding van de verwijzingsrechter aan vóór cassatie gegeven, onbestreden beslissingen	249
	257	Gebondenheid aan in cassatie niet of tevergeefs bestreden oordelen	
19.3		De mogelijkheid voor partijen om nieuwe feitelijke stellingen aan te voeren	250
	258	Nieuwe ontwikkelingen	
	259	Aanpassing van stellingen in de appelprocedure	
	260	In beginsel geen eiswijziging mogelijk	
19.4		Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de verwijzingsrechter	252
	261	Art. 25 Rv en de verwijzingsrechter	
<b>20</b>		<b>Over de appelrechter</b>	<b>255</b>
20.1		Taak en werkwijze van de appelrechter	255
	262	De appelrechter en de eisen van een goede procesorde	

- 263 De verhouding tussen partijen en de rechter; de mogelijkheden van de rechter het partijdebat te sturen
- 264 Enige praktische opmerkingen

# HOOFDSTUK 1

## Inleiding

### 1.1 Het hoger beroep naar de kern genomen

[1] *Ontwikkeling in het verleden.* Het spreekt niet vanzelf dat van een beslissing van de rechter hoger beroep openstaat. Pas in de loop van de geschiedenis van de rechtspraak is het hoger beroep een rechtsmiddel geworden dat ter beschikking staat van de in het ongelijk gestelde partij. Het hoger beroep heeft zich ontwikkeld van een zeer beperkte mogelijkheid tot herziening van een rechterlijke beslissing door het bevoegd gezag, tot een waarborg voor een goede rechtsbedeling. Waar het hoger beroep eerst met name de functie had van toezicht door de hoogste gezagsdrager (vaak de koning) op degenen die in zijn naam recht spraken, is het een instrument in handen van partijen geworden om een in hun nadeel genomen beslissing te bestrijden, en vervolgens ook om eigen verzuimen te herstellen. Wij houden ons in dit boek niet bezig met rechtsgeschiedenis, en volstaan in zoverre met een verwijzing naar andere werken.<sup>1</sup>

Ook al is het hoger beroep een volwaardig rechtsmiddel geworden, er bestaan vele wettelijke uitzonderingen op de mogelijkheid van appel, die wij hierna in hoofdstuk 2 zullen behandelen. Het recht op een nieuwe feitelijke beoordeling van het geschil wordt in het algemeen beschouwd als een belangrijk rechtsbeginsel, maar niet als een fundamenteel processueel recht waarop geen uitzondering mogelijk is.

[2] *Enkele kernpunten.* Wij zullen de termen appel en hoger beroep door elkaar gebruiken, evenals de aanduidingen appelrechter en hof. Het gerechtshof is thans de enige appelinstantie. Vóór 2002 behandelde de rechtbank hoger beroep van uitspraken van de kantonrechter, hetgeen een aantal processuele complicaties meebracht die wij thans niet meer kennen.

Het hoger beroep is in ons gesloten stelsel van rechtsmiddelen een van de drie gewone rechtsmiddelen, naast verzet en cassatie. Daarnaast bestaan de buitengewone rechtsmiddelen van derdenverzet en herroeping.

De regeling van het hoger beroep is te vinden in Boek 1, titel 7 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

---

[1] 1 BROECKX, *diss.* 1995, hoofdstuk 1; HOVENS, *Het civiele hoger beroep* (R&P nr. 138) 2005, par. 5.1-5.5.

Art. 332-361 Rv regelen slechts een gedeelte van het appelprocesrecht. Door de verwijzingen in art. 353 lid 1 Rv (voor de dagvaardingsprocedure) en in art. 362 Rv (voor de verzoekschriftprocedure) zijn in hoger beroep, voor zover uit titel 7 of andere wetsbepalingen niet anders voortvloeit, Boek 1, titel 2 Rv respectievelijk Boek 1, titel 3 Rv van overeenkomstige toepassing.

Onder KEI blijven de hoofdlijnen van het appelprocesrecht gehandhaafd.<sup>1</sup> Wij volstaan met aandacht te vragen voor de procesinleiding in hoger beroep<sup>2</sup> en voor de vaste wettelijke termijnen.<sup>3</sup> Vanzelfsprekend is digitalisering de belangrijkste verandering. Het hoger beroep vangt aan door de indiening van een procesinleiding die daarna wordt betekend of informeel bekendgemaakt (art. 113 Rv (nieuw) is in hoger beroep niet van toepassing). Als geen gronden zijn ingediend bepaalt de rechter de termijn waarbinnen dat moet gebeuren. Vervolgens heeft verweerder tien (in kort geding: vier) weken voor antwoord. In art. 347 lid 1 Rv is de 'tweeconclusieregel' gecodificeerd. Anders dan in eerste aanleg is de mondelinge behandeling in hoger beroep facultatief, maar die behandeling zal in verzoekprocedures vrijwel altijd blijven plaatsvinden. Mondelinge uitspraak is mogelijk in een tussenarrest en in een eindarrest in kort geding (art. 357 lid 2 Rv (nieuw)).

Een groot gedeelte van het appelprocesrecht is in de rechtspraak ontwikkeld, voornamelijk door de Hoge Raad. Uit deze rechtspraak vloeien soms specifieke regels voort, zoals die met betrekking tot het aanvoeren van grieven. Op andere gebieden, zoals bijvoorbeeld het bewijsaanbod, zijn de algemene regels en beginselen van toepassing, die soms in hoger beroep bijzondere schakeringen vertonen.

Hoger beroep en verzet kunnen in toepasselijkheid samenlopen. Ingevolge art. 335 lid 1 Rv staat voor de niet-verschenen gedaagde geen verzet, maar (incidenteel) hoger beroep open als de oorspronkelijk eiser appel heeft ingesteld. Art. 340 Rv regelt het enige geval van conversie van rechtsmiddelen als ten onrechte in plaats van hoger beroep, cassatieberoep is ingesteld. Voor het omgekeerde geval ontbreekt een regeling, zodat een niet-ontvankelijk hoger beroep het einde van de procedure betekent.

Het instellen van hoger beroep moet tijdig na de einduitspraak gebeuren en heeft in beginsel schorsende werking (art. 350 Rv). De wet laat hoger beroep van tussenvonnissen en tussenbeschikkingen niet toe, behoudens uitdrukkelijke toestemming van de rechter die de desbetreffende uitspraak heeft gedaan (art. 337 lid 2 Rv en art. 358 lid 4 Rv). Partijen kunnen hem om die toestemming vragen, maar hebben daarop geen aanspraak: het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechtbank. Van provisionele beslissingen staat wel hoger beroep open.

[2] 1 Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34059. Zie voorts LOCK, 'KEI en wat er (niet) verandert in het procesrecht in het civiele hoger beroep', *TCR 2016/3*, p. 71-86, dat een volledig overzicht geeft.

2 Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34138, 3 p. 5-7.

3 *Ibidem*, p. 12-14.

[3] *Voortgezette ontwikkeling.* Het appelprocesrecht is nog steeds in ontwikkeling. Belangrijke trends zijn de volgende. De rechtspraak van de laatste decennia wordt hierdoor gekenmerkt dat aan de herkansings- of herstelfunctie van het hoger beroep door de Hoge Raad ruim baan is gegeven. Het hoger beroep dient niet alleen om de juistheid van de beslissing van de eerste rechter te beoordelen maar ook, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, voor een nieuwe behandeling en beslissing van het geschil, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand ten tijde van zijn beslissing.<sup>1</sup> Hieruit valt te verklaren dat partijen in appel hun stellingen en verweren mogen aanvullen en verbeteren en dat, binnen de marges van de eisen van een goede procesorde, nieuwe feiten mogen worden aangevoerd en nieuwe stukken in het geding gebracht. Omdat art. 130 Rv ook in hoger beroep van toepassing is, mag de oorspronkelijk eiser voorts zelfs in de beroepsinstantie nog zijn eis wijzigen. De Hoge Raad heeft inmiddels de hieraan ten grondslag liggende eisen van een goede procesorde zo ingekleurd dat een eisvermeerdering na de eerste conclusie die appelland in hoger beroep mag nemen, in beginsel niet meer toelaatbaar is. Hij heeft daarmee deze bepaling uitgelegd overeenkomstig de in beginsel strakke regel van het grievenstelsel.<sup>2</sup>

Het appelprocesrecht heeft enerzijds behoefte aan strakke regels, bijvoorbeeld met betrekking tot termijnen, en anderzijds aan flexibiliteit omdat de geschillen in hoger beroep naar aard en omvang ongelijksoortig zijn. Dit laatste heeft ertoe geleid dat de in de rechtspraak gevormde regels genuanceerd zijn en dat met name de tendens tot deformalisering die kenmerkend is voor de procesrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad, ook op de appelrechtspraak grote invloed heeft gehad. Een goed voorbeeld van de ingewikkeldheid die daarvan het gevolg is, biedt de jurisprudentie over het herstelexploot.<sup>3</sup>

De eigen aard van het hoger beroep komt met name naar voren bij de problematiek van appellabiliteit, grievenstelsel en devolutieve werking. De vernieuwing van het procesrecht vanaf 2002 zal de verdere ontwikkeling van het appelprocesrecht beïnvloeden, ook al is de wettelijke regeling daarvan vooralsnog grotendeels ongewijzigd gelaten. Met name de substantiëringsplicht in eerste aanleg moet gevolgen hebben voor de inkleuring van de eisen van een goede procesorde in hoger beroep dat immers wel zijn herstelfunctie heeft behouden, maar niet is bedoeld als ontsnappingsroute ten aanzien van de uitgangspunten die aan het nieuwe procesrecht ten grondslag liggen. Dit is ook aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling van art. 111 Rv, waarbij is opgemerkt dat de verhoging van de efficiency in eerste aanleg tenietgedaan zou kunnen worden in hoger beroep.<sup>4</sup> De herstelfunctie van het hoger beroep kan meebrengen dat nieuwe

[3] 1 HR 23 februari 1996, *NJ* 1996/395; HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/117; HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/638.  
2 HR 20 juni 2008, *LJN* BC4959, *NJ* 2009/21 m.nt. H.J. SNIJDERS (Willemssen Beheer/NOM); zie hierna in nr. 160-161.  
3 Zie hierna in nr. 73-75.  
4 *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 92.

stellingen of verweren worden aangevoerd. Als de eerste rechter ten onrechte niet is ingegaan op een verweer dat de substantiëringsplicht betreft, kan daarover in hoger beroep worden geklaagd. Het hof moet dan beoordelen welke consequenties in appel aan een in eerste aanleg begaan processueel verzuim op dat punt moeten worden verbonden, bijvoorbeeld wat betreft de bewijsvoering of de proceskosten.<sup>5</sup>

De rechtspraak heeft tamelijk strikte eisen gesteld aan tijdigheid en kenbaarheid van de grieven. Aan het bewijsaanbod in hoger beroep heeft de Hoge Raad stringentere eisen gesteld dan voorheen. Dit geldt ook voor de veeggrief.<sup>6</sup> Een weinig aansprekende bepaling als art. 335 lid 2 Rv wordt restrictief uitgelegd.<sup>7</sup> Deze bepaling is onder KEI geschrapt.<sup>8</sup>

Verder heeft de Hoge Raad de beperkingen die aanvankelijk werden gesteld aan de devolutieve werking van het appel, in de loop der tijd opgeruimd. Door die devolutieve werking wordt het in eerste aanleg gevoerde processuele debat bij het slagen van de grieven binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep opnieuw, dan wel alsnog ter beoordeling voorgelegd aan het hof. De verweerder in hoger beroep behoeft zijn stellingen niet uitdrukkelijk te handhaven; voldoende is dat hij deze niet heeft prijsgegeven. Ook zijn door de rechtbank verworpen stellingen moeten binnen de door de grieven getrokken grenzen zo nodig opnieuw worden beoordeeld. Daarvoor is een afzonderlijk incidenteel beroep niet nodig.

In de afgelopen jaren heeft het appelprocesrecht opnieuw in de aandacht gestaan omdat zowel in de literatuur maar ook in de praktijk is betoogd dat het aan vernieuwing toe is. In het bijzonder valt te wijzen op het project Innoverende Hoven dat is uitgemond in een publicatie onder die naam.<sup>9</sup> De daarin gedane voorstellen hebben (nog) niet tot consensus geleid. In 2014 verscheen voorts een bundel over hoger beroep, gepubliceerd door het Nijmeegse Onderzoekcentrum voor Staat en Recht, dat ook tot een congres over dit onderwerp heeft geleid.<sup>10</sup>

Ongetwijfeld zullen de komende digitalisering van de procesvoering in civiele zaken en de versterking van de regiefunctie van de rechter, invloed hebben op de manier van procederen in hoger beroep. Het is op dit moment echter nog te vroeg hierover meer concrete uitspraken te doen.

[3] 5 Naar onze mening is dit over het hoofd gezien in Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, NJF 2008/147.

6 HR 14 oktober 2005, NJ 2006/620 (Euro/Eurochemie).

7 HR 16 juni 2006, NJ 2007/462 m.nt. H.J. SNIJDERS (Gouman/Erven Van Steijn).

8 *Kamerstukken II*, 34138, 3, p. 24-25.

9 HOL & VERBURG, *Innoverende Hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020* 2014.

10 Van Kempen, Klaassen, Schlössels & Dammingh (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie. Het appel in burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht* 2014. Zie ook WESSELING-VAN GENT, 'Renovatie en innovatie van het civiele appel', en HAMMERSTEIN, 'Appelrechters kunnen van elkaar leren', beiden in *TCR* 2014/3 naar aanleiding van het congres. Zie voorts: KOOPMAN e.a., *Het grievensstelsel nog van deze tijd? Een evaluatie: nodig/wenselijk, alternatieven?* 2015; MARSEILLE e.a., 'De keuze voor de consequentie van het instellen van hoger beroep', *Trema* 2016, afl. december, p. 340-349; VAN OS & SMIT, 'Civielrechtelijke appelrechtspraak, Een cijfermatige verkenning', *WODC Cahier* 2016/9.

[4] *Belangrijkste kenmerken.* De belangrijkste kenmerken van het procesrecht in hoger beroep zijn de volgende.

- (i) De appellant bepaalt in beginsel de omvang van het hoger beroep in zijn memorie van grieven door het aanvoeren van de gronden van het beroep (de grieven) in samenhang met de eis (het petitum). Daardoor maakt hij aan de wederpartij en aan de appelrechter duidelijk welke beslissingen van de eerste rechter worden aangevallen en op grond waarvan. De grenzen kunnen nader worden bepaald (verruimd) door een incidenteel appel van de verweerder. De eis van het aanvoeren van grieven houdt zowel verband met de partijautonomie als met de proceseconomie en de bevordering van de kwaliteit van het processuele debat.
- (ii) De appelrechter zal de onbestreden beslissingen ten nadele van de appellant niet opnieuw beoordelen, maar moet deze voor juist houden, behoudens – binnen de door de grieven en het petitum van de appeldagvaarding getrokken grenzen – de werking van de openbare orde. Binnen dezelfde grenzen dient hij de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv). Hij mag de bestreden beslissing niet buiten de grieven om vernietigen. Maar hij mag deze beslissing wel bekrachtigen op binnen de grenzen van de rechtsstrijd gelegen gronden die de behandeling van de grieven – bij gebrek aan belang – overbodig maken. Het gaat hier dan om stellingen die na vernietiging aan de orde zouden komen en die tot hetzelfde dictum leiden als waartoe de eerste rechter op andere, onjuist geachte, gronden was gekomen.
- (iii) Voor het overige wordt binnen de grenzen van het hoger beroep het geschil opnieuw ter behandeling en beslissing aan de appelrechter voorgelegd, met dien verstande dat deze zowel moet oordelen over de bezwaren die worden aangevoerd tegen de beslissing van de rechtbank, als over hetgeen beide partijen in hoger beroep nader hebben aangevoerd ter ondersteuning van hun onderscheiden standpunten. Sinds het arrest Fafianie/KSN<sup>1</sup> is onzes inziens niet geheel zeker in hoeverre, binnen de door de grieven getrokken grenzen, in eerste aanleg *verworpen* stellingen van verweerder – ingevolge de devolutieve werking, en dus zonder incidenteel beroep – zonder meer opnieuw moeten worden behandeld. Totdat daarover meer duidelijkheid is verkregen, is het raadzaam zulke stellingen steeds uitdrukkelijk opnieuw aan de orde te stellen in een (voorwaardelijk) incidenteel appel.
- (iv) De appelrechter oordeelt bij gegrondheid van een of meer grieven over de toewijsbaarheid van de vordering van oorspronkelijk eiser zoals deze in hoger beroep is toegespitst, nader onderbouwd of gewijzigd. De appelrechter oordeelt voorts, ambtshalve of na verzet, over de toelaatbaarheid van een wijziging van eis in hoger beroep.
- (v) Het appel is niet alleen een nieuwe controlerende instantie waarin de in eerste instantie gedane uitspraak wordt beoordeeld, maar is tevens een

---

[4] 1 Het arrest wordt hierna in nr. 133 besproken.

voortzetting van het in de vorige instantie gevoerde processuele debat met betrekking tot de vordering van oorspronkelijk eiser. De mate waarin daarin in appel nog wijziging mag worden gebracht moet, aan de hand van de herkansingsfunctie van het appel en de eisen van een goede procesorde, worden beoordeeld in het licht van dit totale debat, mede gelet op het concentratiebeginsel in eerste aanleg.

- (vi) Het appel onderscheidt zich van de cassatie met name doordat de appelrechter als feitenrechter, binnen de grenzen van het appel, het geschil opnieuw beoordeelt naar de toestand ten tijde van zijn beslissing. De cassatierechter beoordeelt uitsluitend de juistheid van de bestreden beslissing. Het instellen van cassatieberoep heeft dan ook geen devolutieve werking. In geval van vernietiging wordt de zaak (immers) verwezen.
- (vii) Het processuele debat is in beginsel geconcentreerd in de conclusie van eis en de conclusie van antwoord (memories van grieven en van antwoord) in hoger beroep. Daaruit volgt dat grieven, andere nieuwe stellingen van feitelijke of juridische aard en een wijziging van eis, door beide partijen in beginsel dadelijk in de eerste conclusie moeten worden aangevoerd.
- (viii) Wanneer is geappelleerd van een eindvonnis mag het hof, indien het de grieven gegrond bevindt, de zaak in beginsel niet naar de eerste rechter verwijzen, maar moet het deze zelf afdoen. Bij een appel van een tussenvonnis moet het hof bij verwerping van de grieven de zaak terugwijzen, behoudens een andersluidend gemeenschappelijk verzoek van partijen. Bij vernietiging van een tussenvonnis mag het de zaak ter verdere afdoening aan zich trekken (evocatie). Of het hof dit daadwerkelijk doet, is aan zijn beleid overgelaten.
- (ix) Het hof dient zich zelfstandig bezig te houden met de vaststelling van de feiten en dus ook met bewijsinstructies. Daarbij moet het voortbouwen op hetgeen in eerste aanleg reeds is geschied, voor zover dat in hoger beroep in stand kan blijven.

## **1.2 De wijze van procederen in hoger beroep en de taak van de appelrechter**

[5] *Enkele wenken aan de praktijk.* Uit het stelsel zoals dit zojuist in het kort is weergegeven, volgen enkele wenken aan de praktijk.

De appellant moet de feitelijke en juridische beslissingen waarop de voor hem nadelige uitspraak in het dictum steunt, gemotiveerd bestrijden, ook als die beslissingen in een tussenuitspraak zijn gedaan en in de einduitspraak herhaald. De door de rechtbank vastgestelde feiten dienen zowel op juistheid als op volledigheid te worden onderzocht. Het hoger beroep kan worden gebruikt om tegen foutieve en onvolledige vaststelling van de feiten een grief aan te voeren, maar ook om waar nodig de feiten aan te vullen. Het kan tevens worden gebruikt om de koers te verleggen en nieuwe grondslagen voor de vordering aan te voeren dan wel nieuwe verweren in stelling te brengen voor zover dat past binnen de

eisen van een goede procesorde. Het gebruik van het hoger beroep om een geheel nieuwe vordering in te stellen die niet voldoende voortbouwt op de vordering in eerste aanleg, lijkt ons in strijd met een goede procesorde. De appellant hoeft niet alles te herhalen wat in eerste aanleg is voorgevallen. Waar mogelijk kan hij volstaan met verwijzingen, als zijn bedoeling zowel voor de wederpartij als voor het hof maar duidelijk is. Het is niet nodig, maar wel overzichtelijk, de grieven afzonderlijk aan te duiden en te nummeren.<sup>1</sup> Ook in de toelichting op de grief kunnen nadere grieven worden geformuleerd, maar dit bevordert de kenbaarheid daarvan niet. De motivering van de grieven is belangrijker dan 'sacrale' woorden als 'Ten onrechte enz.', die niet essentieel zijn. Het rubriceren van de in appel nog te beslissen geschilpunten kan tot de overzichtelijkheid van de presentatie bijdragen. Als appelland de bedoeling heeft (nader) bewijs bij te brengen, dient hij een voldoende specifiek en concreet bewijsaanbod te doen, waaraan hogere eisen mogen worden gesteld dan in eerste aanleg. De appelland moet ook een duidelijke eis (*petitum*) formuleren.

Het standpunt van verweerder wordt vaak het beste gepresenteerd door eerst een eigen betoog te houden en pas daarna de grieven te bestrijden. Daarbij moet worden bedacht dat de gunstige afloop in eerste instantie nog geen garantie is voor succes in hoger beroep. Het hof kan immers een ander oordeel hebben over de zaak dan de rechtbank en bovendien kan de appelland nieuwe feiten en stellingen hebben aangevoerd. Daarom moet de verweerder trachten zijn in eerste instantie verdedigde standpunten nog te versterken. Dit geldt vanwege de devolutieve werking ook voor stellingen of wesen die door de rechtbank niet zijn behandeld of verworpen, zonder dat dit heeft doorgewerkt in het dictum. Ook de verweerder mag nieuwe feiten en stellingen aanvoeren. In verband met die devolutieve werking is het voorts wenselijk dat de advocaat van verweerder in de memorie van antwoord een opsomming geeft van stellingen of wesen die, na het slagen van een of meer van de grieven, nog aan de orde moeten komen. Het verdient voorts aanbeveling het hof erop te attenderen tegen welke voor appelland nadelige overwegingen géén grieven zijn aangevoerd.

Indien appelland na memorie van grieven alsnog nieuwe grieven aanvoert, zal het in het algemeen aanbeveling verdienen daartegen te protesteren, de rechtsstrijd dienaangaande niet te aanvaarden en dus niet inhoudelijk op die nieuwe grieven in te gaan. Incidenteel appel hoeft slechts te worden ingesteld als verweerder een wijziging van het dictum nastreeft. Een vanwege de devolutieve werking overbodig, maar zekerheidshalve ingesteld, (voorwaardelijk) incidenteel beroep wordt niet bestraft met een kostenveroordeling, maar leidt wel tot tijdverlies omdat verweerder in het incidentele beroep het recht heeft daarop te antwoorden.

Ook de verweerder in hoger beroep kan, als hij (nader) bewijs wil leveren, niet volstaan met een algemeen bewijsaanbod.

---

[5] 1 Zie echter VAN SCHAICK, 'Grieven', *NTBR* 2017/14, p. 109-110.

[6] *Twee fasen.* De beoordeling van het processuele debat door de appelrechter heeft een tweefasenstructuur. Eerst dient, mede gelet op het daartegen gevoerde verweer, te worden onderzocht of de grieven slagen. Als dit het geval is en de bestreden uitspraak dus in beginsel moet worden vernietigd, dient het hof vervolgens in de tweede fase van de beoordeling, binnen het door de grieven ontsloten gebied, opnieuw te beslissen over de vordering of het verzoek van oorspronkelijk eiser. Het moet daarbij voor ogen houden dat het hoger beroep weliswaar een nieuwe instantie is, doch dat het processuele debat wordt voortgezet, zodat binnen de beperkingen van het grievenstelsel ook het dossier van de eerste aanleg van belang is voor de beoordeling van het geschil in appel. Het hof heeft dus in de eerste fase tot taak de juistheid van de feitelijke en juridische beslissingen van de rechtbank te controleren, en in de tweede fase – indien die intreedt – de zaak opnieuw te beoordelen naar de toestand ten tijde van zijn beslissing.

Omdat het appel de laatste feitelijke instantie is, mag van het hof worden verwacht dat het de grieven van appellant in het bijzonder en de gedingstukken in het algemeen niet te krap uitlegt, een zekere welwillendheid ten toon spreidt en oog heeft voor de werkelijke geschilpunten. Dit kan meebrengen dat het hof een niet al te lijdelijke houding aanneemt.<sup>1</sup> Het mag partijen echter niet verrassen met de aan de processtukken gegeven uitleg; zo nodig zal het partijen in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over die uitleg en de daardoor aan het processuele debat gegeven wending. In het bijzonder van belang is dat het hof blijft binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep.

Ten slotte mag van het hof worden verwacht dat het zowel wat de procedure als wat de inhoud betreft, zorgvuldiger en beter werkt dan de rechtbank.

### 1.3 De werking van het hoger beroep

[7] *Rechtsgevolgen van appel en van vernietiging.* Als hoofdregel geldt dat vonnissen en beschikkingen hun rechtskracht behouden totdat zij zijn vernietigd. Het instellen van een rechtsmiddel heeft schorsende werking, die wordt doorbroken door de verklaring van de rechter dat de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is. Als een vonnis of beschikking in hoger beroep wordt vernietigd, krijgt deze vernietiging onmiddellijk rechtskracht.<sup>1</sup> Dat wil zeggen dat de uitspraak van de hogere rechter in de plaats komt van die van de lagere rechter, waarbij de aandacht verdient dat een vernietiging ook partieel kan zijn en dan alleen werking heeft voor dat gedeelte. In de meeste gevallen wordt in hoger beroep zonder verdere toevoeging vernietigd en moet uit de rechtsoverwegingen van het vernietigende

[6] 1 HR 14 maart 2008, *IJN* BC1231, *NJ* 2008/466 m.nt. J.M.M. MAEIJER & A.I.M. VAN MIERLO; *JOL* 2008/192 (X/Mr. Aerts q.q.).

[7] 1 HR 27 april 1979, *NJ* 1980/169 m.nt. W.H. HEEMSKERK; HR 26 september 1997, *NJ* 1998/419 m.nt. P.A. STEIN.

arrest worden afgeleid hoever deze vernietiging gaat. Omdat ook het hof moet beslissen op de vordering van oorspronkelijk eiser, moet uit het dictum van zijn uitspraak blijken wat in stand blijft van de beslissing in eerste aanleg.<sup>2</sup>

Problemen kunnen zich voordoen bij de dwangsom en bij de opheffing van een beslag. Als de eerste rechter een veroordeling uitspreekt op straffe van een dwangsom en van dit vonnis hoger beroep wordt ingesteld, heeft de daaruit voortvloeiende schorsing van de (bevoegdheid tot) tenuitvoerlegging ten gevolge dat de dwangsom niet gaat lopen totdat de appelrechter heeft beslist. Dit geldt echter niet als de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard; dan gaat de dwangsom lopen na de betekening. De beslissing van de appelrechter moet, als de oplegging van de dwangsom is opgeschort, worden betekend wil de dwangsom opnieuw gaan lopen.<sup>3</sup> Als het hof een uitspraak waarbij een verbod met dwangsom is opgelegd vernietigt, heeft dit onmiddellijke werking.<sup>4</sup> Als de vernietiging een gevolg is van een wijziging van omstandigheden (bijvoorbeeld omdat de noodzaak van een verbod is weggefallen of omdat inmiddels aan de vordering tot nakoming is voldaan), zal het hof gedeeltelijk *ex nunc* en gedeeltelijk *ex tunc* moeten oordelen en kan de oplegging van een dwangsom voor een bepaalde periode in het verleden worden bekrachtigd en voor het overige worden vernietigd.

Het wordt ingewikkelder wanneer het hof op bepaalde punten anders oordeelt dan de eerste rechter. In de zaak Telfort/Scaramea<sup>5</sup> oordeelde het hof dat de veroordeling tot levering van 5.000 poortjes niet juist was en wijzigde het dit aantal in 1.656 poortjes. De vraag was of de door de eerste rechter opgelegde dwangsom in stand kon blijven. Deze vraag werd ontkennend beantwoord omdat bekrachtiging van het vonnis van de eerste rechter erop zou neerkomen dat met terugwerkende kracht een dwangsom wordt verbonden aan een andere veroordeling, hetgeen niet alleen in strijd is met de rechtszekerheid, maar ook niet strookt met het karakter van de dwangsom als prikkel tot nakoming. SNIJDERS wees in zijn noot erop dat de appelrechter de dwangsom ook had kunnen aanpassen.

[8] *Beslag en vernietiging.* Een beslag kan bij rechterlijke uitspraak worden opgeheven. De opheffing krijgt pas rechtskracht als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, maar kan uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard en gaat

[7] 2 In dezelfde zin ten aanzien van de cassatieprocedure HR 2 mei 1997, *NJ* 1998/237 (Caransa/Lüske). De Hoge Raad oordeelde dat hij in geval van cassatie aanleiding kan zien in het dictum van zijn uitspraak met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen dat en in hoeverre een vernietiging een partieel karakter heeft om mogelijke misverstanden na verwijzing te vermijden. Uit de enkele omstandigheid dat het vernietigend dictum van het arrest of de beschikking van de Hoge Raad een dergelijke uitdrukkelijke beperking niet bevat, mag echter niet worden afgeleid dat de bestreden uitspraak in zijn geheel is vernietigd.

3 BenGH 12 mei 1997, *NJ* 1998/296 m.nt. H.J. SNIJDERS (Bevier/Martens).

4 HR 28 september 1984, *NJ* 1985/83 m.nt. W.H. HEEMSKERK (Staat/B); HR 14 december 1990, *NJ* 1991/307. Zie over dit onderwerp M.B. BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, *De dwangsom in het burgerlijk recht* 2007 (diss.), p. 180 e.v.

5 HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/343 m.nt. H.J. SNIJDERS; zie ook HR 22 januari 1999, *NJ* 1999/381 m.nt. D.W.F. VERKADE (Meccano/Remco Toys).

dan onmiddellijk in. Als de appelrechter dit vonnis vernietigt, herleeft het beslag, met dien verstande dat veranderingen die in de tussentijd mochten hebben plaatsgevonden in of ten aanzien van het beslagene, niet aan derden kunnen worden tegengeworpen.

#### 1.4 Rechtspraak in twee feitelijke instanties als uitgangspunt van wetgeving

[9] *Twee feitelijke instanties; principe.* In de literatuur zijn de meningen verdeeld over het antwoord op de vraag of het uitgangspunt van behandeling van een zaak in twee feitelijke instanties, de neerslag vormt van een beginsel. Sommige auteurs beantwoorden deze vraag bevestigend, zoals VAN BONEVAL FAURE, STEIN en SNIJDERS, anderen niet, zoals HEEMSKERK, WIERSMA en WESSELING-VAN GENT.<sup>1</sup> Rechtspraak in twee feitelijke instanties is in die zin geen essentiële voorwaarde voor een eerlijk proces dat het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep niet uitsluit dat toch kan worden gesproken van een behoorlijke rechtspraak.<sup>2</sup> Rechtspraak in twee feitelijke instanties is wél van groot belang voor de kwaliteit van de rechtspleging en het vertrouwen in de rechtspraak. ASSER spreekt daarom van een grondbeginsel, dan wel een heel belangrijk uitgangspunt.<sup>3</sup> Onzes inziens behoort dit grondbeginsel uitgangspunt van wetgeving te zijn. Het negatieve aspect van de devolutieve werking, het verbod van terugwijzing, staat op gespannen voet met dit uitgangspunt.<sup>4</sup> Het gaat hier niet om een eigenschap van 'de' devolutieve werking, maar om een in Nederland gemaakte rechtspolitieke keuze. Het vorenstaande neemt niet weg dat in de literatuur wel wordt voorgesteld de mogelijkheid van hoger beroep enigermate te beperken.<sup>5</sup> Nu reeds kent de wet een groot aantal algemene en bijzondere appelverboden.<sup>6</sup> Het EHRM heeft een aantal malen beslist dat aan art. 6 EVRM in burgerlijke zaken geen recht kan worden ontleend op hoger beroep.<sup>7</sup> Ook de Hoge Raad heeft in een aantal gevallen geoordeeld dat art. 6 EVRM niet een onbeperkte mogelijkheid tot het aanwenden van een rechtsmiddel waarborgt.<sup>8</sup>

[9] 1 VAN BONEVAL FAURE, *Nederlandsche burgerlijke procesrecht dl. I* 1893, p. 107; STEIN-RUEB 2007, p. 218; SNIJDERS, KLAASSEN & MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht 2017/52*; HUGENHOLTZ/HEEMSKERK, *Hoofdpijnen* 2015/5, ('een van de belangrijkste elementen'); WIERSMA, 'Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie', in: *Haardt-bundel* 1983, p. 143; WESSELING-VAN GENT, *Het civiele geding in de toekomst* 1987, p. 110 en 122.

2 WESSELING-VAN GENT, *Het civiele geding in de toekomst* 1987, p. 122.

3 In zijn noot onder HR 1 februari 2002, NJ 2003/655 m.nt. W.D.H. ASSER.

4 RAS & HAMMERSTEIN, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (BPP nr. 4) 2017/67.

5 SNIJDERS & WENDELS, *Civiel appel* (BBP nr. 2) 2009/1.1.

6 Zie voor een niet-uitputtende opsomming ASSER, GROEN & VRANKEN, *Herbezinning* 2006, p. 136, noot 326.

7 EHRM 17 januari 1970, serie A, volume 11, 2689/65 (Delcourt/België); EHRM 26 oktober 1984, serie A, volume 86.

8 EHRM 26 oktober 1984, NJ 1988/744 m.nt. E.A. ALKEMA (De Cubber/België). Zie ook VAN DIJK & VAN HOOF, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, p. 564.