

Wel verschenen, maar niet opgemerkt. En dan...?

J.M. VELDHUIS*

Wel verschenen in de procedure, maar niet opgemerkt. Dat blijkt – ook voor rechtbanken – vaak een lastige situatie. Het lijkt erop dat uit het oog is verloren wat de grondslag is voor het rechtsmiddel verzet, namelijk: het niet verschijnen van de gedaagde partij. Ben je wel verschenen, dan staat het rechtsmiddel hoger beroep tot je beschikking. Dit laatste geldt ook als je wel bent verschenen, maar er is ten onrechte een verstekvonnis gewezen. Ook in dit laatste geval adviseren rechtbanken geregeld om in verzet te gaan. Dat is onjuist. Met de korte termijnen van verzet en hoger beroep is een verkeerde keuze vaak fataal.

1. Inleiding

In mijn praktijk deed zich de volgende casus voor. Namens één cliënt werden onlangs meerdere vennootschappen gedagvaard. Deze vennootschappen waren weliswaar aan elkaar gelieerd, maar het betroffen aparte vorderingen en aparte procedures. Alle procedures dienden bij dezelfde Kamer voor Kantonzaken. Gedaagden vroegen allen uitstel voor het nemen van de conclusie van antwoord. Zij deden dit gezamenlijk in één brief. Bij de griffie lete men niet goed op en in slechts één zaak werd uitstel verleend. In de andere zaken werd verstek verleend tegen gedaagden en enkele weken later werden de verstekvonnissen uitgesproken.

Na betekening van de verstekvonnissen deden de drie bij verstek veroordeelde vennootschappen hun beklag bij de rechtbank. De rechtbank biedt vervolgens per brief haar excuses aan en geeft aan dat de verstekvonnissen niet kunnen worden ingetrokken. Gedaagden worden geadviseerd om in verzet te gaan.

Deze casus is aanleiding geweest om de volgende centrale vraag te onderzoeken: of verzet het juiste rechtsmiddel is bij een ten onrechte gewezen verstekvonnis.

Is een vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan heeft verzet of hoger beroep geen schorsende werking. In dit kader is de vraag relevant of de executie van de onterecht gewezen verstekvonnissen kan worden tegengehouden of dat men is overgeleverd aan de goedheid van eiser. Dit is de tweede vraag die wordt beantwoord in dit artikel.

Alvorens beide vragen te beantwoorden, zal ik eerst kort de regels en verschillen omtrent de rechtsmiddelen verzet en hoger beroep kort uiteenzetten.

2. Rechtsmiddelen

In Nederland geldt een gesloten systeem van rechtsmiddelen, waarbij de wet bepaalt welk rechtsmiddel wanneer moet worden ingesteld. Is in eerste aanleg een vonnis gewezen, dan staan je twee gewone rechtsmiddelen ter beschikking: verzet en hoger beroep.

Deze rechtsmiddelen gelden niet voor procedures bij de e-kantonrechter. De reden daarvan is dat partijen de e-kantonrechter gezamenlijk verzoeken om hun geschil in behandeling te nemen en verstek is dus niet mogelijk.¹ Daarnaast doen partijen uitdrukkelijk afstand van hun recht om in hoger beroep te gaan.^{2,3}

Welk rechtsmiddel gekozen moet worden, is afhankelijk van het soort vonnis dat in eerste aanleg is gewezen.

3. Verstek en verzet

Verschoont gedaagde niet in de procedure, dan zal de rechter verstek moeten verlenen. Het verlenen van verstek is niets meer en niets minder dan de vaststelling door de rechter dat (i) gedaagde, hoewel rechtsgeldig opgeroepen, niet op de juiste wijze in de procedure is verschenen, of (ii) gedaagde wel rechtsgeldig is verschenen, maar het griffierecht niet (tijdig) heeft betaald. Dit laatste geldt niet in procedures bij de kantonrechter en in procedures bij de pachtkamer, omdat gedaagde

* Mr. J.M. Veldhuis is advocaat bij Visser & Van Solkema Advocaten te Amsterdam.

1. Artikel 2.2.1 Procesreglement e-kanton.

2. Artikel 2.1.4 Procesreglement e-kanton.

3. Artikel 128 lid 6 Rv verklaart artikel 139-142 Rv van toepassing.

in die gevallen geen griffierecht verschuldigd is.⁴ Na de verstekverlening zal de rechter de vordering bij verstek toewijzen, tenzij de vordering hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.⁵

Tegen een verstekvonnis staat het rechtsmiddel verzet open.⁶ Het verzet moet in beginsel binnen vier weken worden ingesteld na:

- betekening in persoon door de deurwaarder van het verstekvonnis;
- betekening in persoon door de deurwaarder van een akte in het kader van de tenuitvoerlegging van het vonnis, bijvoorbeeld de betekening van het proces-verbaal van beslag;
- het plegen door de veroordeelde partij van enige daad waaruit noodzakelijk voortvloeit dat het vonnis of de tenuitvoerlegging daarvan hem bekend is.⁷

Het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor is de reden dat de verzettermijn eerst begint te lopen nadat gedaagde, kort gezegd, kennis heeft genomen van het verstekvonnis.

De verzettermijn bedraagt acht weken als de oorspronkelijk gedaagde geen bekende woonplaats of werkelijk verblijf in Nederland heeft, maar zijn buitenlandse woon- of verblijfplaats bekend is.⁸

Door betekening van de verzetdagvaarding wordt de procedure heropend en de verzetdagvaarding geldt als de conclusie van antwoord van de oorspronkelijk

gedaagde.⁹ Dit betekent dat eventuele excepties¹⁰ en de inhoudelijke verweren in de verzetdagvaarding moeten zijn opgenomen. Evenals een eventuele reconventionele vordering.¹¹ De procedure volgt vervolgens het standaardstramien, inhoudende dat er in het merendeel van de gevallen een comparitie zal volgen.¹² Gebeurt dat niet, dan zal nog een schriftelijke ronde (re- en dupliek) volgen.¹³

4. Op tegenspraak

Is gedaagde in de procedure verschenen, dan kan de rechter geen verstek verlenen en zal hij een vonnis op tegenspraak moeten wijzen. Dit geldt ook als de advocaat van gedaagde zich stelt, het griffierecht betaalt en zich vervolgens onttrekt voordat is geconcludeerd voor antwoord.¹⁴ Hier geldt dus het adagium 'eens verschenen, blijft verschenen'. Kan gedaagde zich niet vinden in dat vonnis, dan dient hij hoger beroep in te stellen.

Zijn er meerdere gedaagden en verschijnen ze niet allemaal, dan zal de rechter jegens de niet-verschenen gedaagde(n) verstek verlenen. Maar de rechter zal één vonnis wijzen, zijnde een vonnis op tegenspraak.¹⁵ Dit betekent dat ook de gedaagden jegens wie verstek is verleend hoger beroep moeten instellen als ze zich niet kunnen vinden in het vonnis.

De termijn om hoger beroep in te stellen, bedraagt drie maanden vanaf de dag van de uitspraak van het vonnis. In kort geding bedraagt deze termijn vier weken. De

Tabel 1. Verschillen verzet en hoger beroep

Verzet	Hoger beroep
Termijn:	Termijn:
– vier weken bij Nederlandse gedaagde	– bodemprocedure: drie maanden
– acht weken bij buitenlandse gedaagde	– kort geding: vier weken
na bekend worden met inhoud verstekvonnis (artikel 143 lid 2 Rv)	na dag van de uitspraak van het vonnis (artikel 339 lid 1 en 2 Rv)
Instellen bij zelfde instantie	Instellen bij andere (hogere) instantie
Voortzetting procedure (artikel 147 lid 1 Rv)	Nieuwe procedure
Geen 'verzetgrens'	Appèlgrens bedraagt € 1750 (artikel 332 lid 1 Rv)
Bij kanton- en pachtzaken geen verplichte procesvertegenwoordiging (artikel 79 lid 1 Rv)	Verplichte procesvertegenwoordiging (artikel 79 lid 2 Rv)
Bij kanton- en pachtzaken geen griffierecht verschuldigd (artikel 4 lid 1 onderdeel b Wgbz)	Altijd griffierecht verschuldigd (artikel 3 lid 1 Wgbz)
Verzetdagvaarding dient verweren te bevatten (artikel 147 lid 1 Rv)	Appèldagvaarding hoeft geen grieven te bevatten (artikel 343 Rv)
Na verzetdagvaarding in principe comparitie (artikel 131 Rv) of re- en dupliek (artikel 132 Rv).	Eénconclusieregel (artikel 347 Rv)

4. Artikel 4 lid 1 onderdeel b Wgbz.

5. Artikel 139 Rv.

6. Artikel 143 lid 1 Rv en artikel 335 lid 1 Rv.

7. Artikel 143 Rv.

8. Artikel 143 lid 2 Rv.

9. Artikel 147 lid 1 Rv.

10. Excepties die niet in de verzetdagvaarding zijn aangevoerd, zijn vervallen (artikel 128 lid 3 Rv).

11. Artikel 146 lid 2 Rv jo. artikel 137 Rv.

12. Artikel 131 Rv.

13. Artikel 132 lid 1 Rv.

14. Hof 's-Gravenhage 4 februari 1981, NJ 1981/526. Voor faillissementszaken: HR 18 december 1992, NJ 1993/177.

15. Artikel 140 lid 3 Rv.

appèlgrens bedraagt € 1750. Dit houdt in dat je alleen in hoger beroep kunt gaan als de vordering waarover de rechter in eerste aanleg had te oordelen meer dan € 1750 bedraagt.¹⁶ Een vermeerdering of vermindering van eis kan invloed hebben op de vraag of je wel of niet in hoger beroep kunt gaan. Onder het bedrag van € 1750 vallen de gevorderde hoofdsom, de gevorderde incassokosten en de gevorderde rente tot aan de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg is betekend. Cassatie van een vonnis van een kantonrechter waartegen geen hoger beroep openstaat, kan enkel in de artikel 80 RO genoemde gevallen.

De hogerberoepdagvaarding hoeft niet de grieven te bevatten (al is dat wel mogelijk). De grieven en, indien een grief wordt gehonoreerd, de devolutieve werking van het hoger beroep bepalen de omvang van het hoger beroep. Evenals een mogelijk incidenteel appel.

5. Gevolgen verkeerde rechtsmiddel

In zijn vonnis van 1 april 2004 oordeelt een Kantonrechter uit Zaandam, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM en de steeds verdergaande deformalisering van het burgerlijk procesrecht, dat conversie van rechtsmiddel mogelijk is.¹⁷ De kantonrechter converteerde het ingestelde verzet naar een hoger beroep en verwees de zaak vervolgens naar het gerechtshof.

Het Gerechtshof Amsterdam maakt hier echter terecht korte metten mee.¹⁸ Het Nederlandse burgerlijk procesrecht kent namelijk niet de figuur van conversie naar het correcte rechtsmiddel.¹⁹ Dat zou ook vreemd zijn, aangezien – zoals hiervoor is gebleken – verzet en hoger beroep twee geheel verschillende procedures zijn elk een eigen set spelregels, uitgangspunten en termijnen. Wordt het verkeerde rechtsmiddel ingesteld, dan volgt niet-ontvankelijkheid.

6. Verzet of hoger beroep?

Zoals blijkt uit het in de inleiding genoemde voorbeeld, komt het nog steeds voor dat ten onrechte een verstekvonnis wordt gewezen. Niet enkel worden brieven niet goed gelezen, maar soms komt de brief met het verzoek om uitstel in het verkeerde dossier terecht of er wordt simpelweg geen acht geslagen op de zuivering van het verstek.²⁰ Ook kan het voorkomen dat een vonnis ten onrechte wordt aangemerkt als zijnde op tegenspraak.

Net als in de kwestie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 juni 2013²¹ meent de rechtbank in de inleiding genoemde casus dat de verzetprocedure de aangewezen weg is voor de ten onrechte bij verstek veroordeelde gedaagde. Zij schrijft aan gedaagde:

‘Gesteld dat uw verzoek wel was opgemerkt en gemakshalve aangenomen dat het zou zijn gehonoreerd, zou geen vonnis zijn gewezen maar zou u een termijn voor antwoord hebben gekregen.’²²

Die situatie is alleen nog maar te bereiken door een verzetdagvaarding uit te laten brengen door een gerechtsdeurwaarder. Van groot belang is dat voor het doen uitbrengen van een verzetdagvaarding strikte termijnen bestaan: u heeft er weinig tijd voor. Indien u de zaak wilt voortzetten, raad ik u aan op (zeer) korte termijn een gerechtsdeurwaarder op te zoeken.’

Een verstekvonnis wordt gewezen als gedaagde niet is verschenen in de procedure. De rechtbank gaat er kennelijk van uit dat het feit dat ze de stelbrief niet goed heeft verwerkt, betekent dat gedaagde niet is verschenen. Maar klopt dit wel? Gedaagde heeft de rechtbank immers om uitstel verzocht. Aan de andere kant geldt dat een verstekvonnis is gewezen – met als opschrift ‘verstekvonnis’ en de inhoud heeft alle kenmerken van een verstekvonnis.

In 1993 haalde een casus waarin ten onrechte verstekvonnis was gewezen de Hoge Raad.²³ A-G Asser noemde het destijds een ‘vanuit procesrechtelijk oogpunt nogal curieuze zaak’. In die casus zuiverde gedaagde het verstek en diende vervolgens een memorie van antwoord in. De rechtbank sprak echter een verstekvonnis uit.²⁴ De Hoge Raad is in zijn arrest van 15 oktober 1993 stellig over het in te stellen rechtsmiddel:

‘In een geding waarin één partij is gedagvaard en waarin de eiser is verschenen, hangt het van het al of niet verschenen zijn van de gedaagde af, of de rechter een vonnis op tegenspraak dan wel een vonnis bij verstek wijst. Wanneer de gedaagde, nadat tegen hem verstek is verleend, alsnog in het geding verschijnt, vervallen van rechtswege de gevolgen van het tegen hem verleende verstek, behalve ten aanzien van de daardoor veroorzaakte kosten (art. 89a Rv). Hieruit volgt dat het na de zuivering van het verstek gewezen eindvonnis een op tegenspraak gewezen vonnis is, waartegen het rechtsmiddel van verzet niet openstaat,

16. Artikel 332 lid 1 Rv en artikel 339 lid 1 Rv.

17. Rb. Haarlem (ktr.) 1 april 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO6668.

18. Hof Amsterdam 4 mei 2006, NJF 2006/391.

19. HR 17 januari 1992, NJ 1992/263, Hof Amsterdam 4 mei 2006, NJF 2006/391. Meer recent: Rb. Rotterdam 26 juli 2013, ECLI:RBROT:2013:6265 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8312.

20. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, Prg. 2013/247 en Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2012, NJF 2013, afl. 24.

21. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, Prg. 2013/247, r.o. 3.3.

22. De overweging ‘gemakshalve aangenomen dat het zou zijn gehonoreerd’ is opvallend, aangezien een eerste uitstel op basis van artikel 2.9 Landelijk procesreglement voor civiele rol van de kantonsectoren altijd verleend zal worden: ‘Voor het verrichten van een proceshandeling zal aan een in het geding verschenen partij een termijn van vier weken worden verleend (...)’. De toelichting bij dit artikel vermeldt: ‘Voor elke proceshandeling krijgt een partij maximaal acht weken de tijd, gerekend vanaf de vorige proceshandeling van de wederpartij.’

23. Hoge Raad 15 oktober 1993, NJ 1994/7.

24. Tot 1 januari 2002 waren kantongerechten zelfstandige gerechten. Hoger beroep tegen een vonnis van een kantongerecht stelde je in bij de arrondissementsrechtbank (artikel 54 Wet RO (oud)). Per 1 januari 2002 bestaat het kantongerecht niet meer, maar is het onderdeel geworden van de arrondissementsrechtbanken (Kamer voor Kantonzaken) en sindsdien ga je bij het gerechtshof in hoger beroep van vonnissen van de kantonrechten (artikel 60 Wet RO).

ook al is de rechtbank bij het wijzen van een (verstek-) vonnis er ten onrechte van uitgegaan dat gedaagde niet was verschenen.²⁵

Bepalend is dus of gedaagde is verschenen in de procedure. Je bent verschenen als je het verstek zuivert en, indien van toepassing, het griffierecht tijdig betaalt. Hetzelfde geldt voor het verzoeken om uitstel. Het opschrift van het vonnis of hoe het vonnis is opge maakt, is irrelevant voor het in te stellen rechtsmiddel. Overigens geldt het omgekeerde ook. Als een vonnis ten onrechte als zijnde op tegenspraak gewezen wordt aangemerkt, dan moet je verzet instellen en geen hoger beroep.²⁶

7. Maakt het nog uit dat de rechtbank verkeerd informeert?

Het vreemde aan de situatie is dat het de rechtbank is, die verkeerd informeert. Kan gedaagde hieraan een bepaalde coullance ontfen? Het Gerechtshof 's-Gravenhage was coullant in haar arrest van 2 december 1983.²⁷ Zij oordeelde dat appellante ontvankelijk is in haar hoger beroep, ondanks dat de rechtbank ten onrechte geen verstek had verleend en dus ten onrechte een vonnis op tegenspraak had gewezen. Appellante had, volgens het gerechtshof, ook in verzet kunnen komen. Appellante zou dus de keuze hebben tussen verzet en appèl.

Gezien de stelligheid waarmee de Hoge Raad in 1993 aangeeft dat enkel relevant is de vraag of men rechts-geldig in de procedure is verschenen, lijkt me de uit-spraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage uit 1983 niet juist. Daarmee luidt het antwoord op de vraag ontken-nend.

Gezien de korte termijnen voor het instellen van beide rechtsmiddelen, is het maar zeer de vraag of er gelegenheid is om alsnog het juiste rechtsmiddel in te stellen op het moment dat je je realiseert dat het verkeerde rechtsmiddel is gekozen. Het moge duidelijk zijn dat het van groot belang is om je vooraf te realiseren welk rechtsmiddel moet worden aangewend en om niet klakkeloos het advies van de rechtbank te volgen.

8. Executie verstekvonnis

De rechtbank kan een onterecht gewezen verstekvonnis niet intrekken. Wat te doen als de eisende partij het verstekvonnis gaat incasseren, ondanks dat ze weet dat het verstek ten onrechte is verleend?

In beginsel kan eiser het vonnis ten uitvoer leggen. Dit is slechts anders indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien het te executeren vonnis op grond van ná dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van eisers een (financiële) noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een

onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aan-vaard.²⁸ Indien ten onrechte een verstekvonnis is gewezen, is er sprake van een feitelijke mislag.²⁹

Een incident in de verzet- of appèlprocedure of een separaat executiegeschil waarin schorsing van de exe-cutie wordt gevorderd, is de aangewezen weg als eiser de tenuitvoerlegging doorzet. De grondslag van deze vordering zal moeten zijn dat het verstekvonnis berust op een feitelijke mislag, doordat de rechtbank het verstek ten onrechte heeft verleend of ten onrechte niet heeft gezuiverd. Voor een verstekvonnis geldt voorts het argument dat het dictum niet berust op een inhoudelijke beoordeling gebaseerd op de standpunten van beide partijen.

9. Conclusie

In de praktijk passen ook rechtbanken de regels om-trent verzet en hoger beroep niet altijd correct toe. Soms is dat voorstelbaar. Bijvoorbeeld als de stelbrief wordt afgegeven bij de centrale balie van de rechtbank, de brief in het ongerede raakt en dus nooit op de griffie aankomt. Of als het B- of H-formulier door digitale problemen nooit aankomt bij de griffie, terwijl de indier wel een ontvangstbevestiging krijgt. In andere gevallen, zoals de in de inleiding genoemde casus, had de griffie het kunnen en moeten opmerken en is het ten onrechte verlenen van verstek een kwalijke zaak. Het kan immers verstrekkende gevolgen hebben voor de gedaagde partij. Rechtbanken zouden moeten nagaan hoe zij hiermee omgaan.

Mijn advies voor advocaten en juristen is om adviezen van de rechtbank na een onterecht gewezen verstekvonnis of onterecht gewezen vonnis op tegenspraak kritisch te beoordelen. Niet bepalend is de vorm van het vonnis, maar of een partij is verschenen in de procedure.

Snijders en Van Dam-Lely suggereren om zekerheids-halve zowel verzet als hoger beroep in te stellen.³⁰ Bij vermogende cliënten is dat wellicht een optie, maar er zijn enkele argumenten die daartegen pleiten. Ten eerste is de Hoge Raad helder in zijn oordeel. Ook zal het in veel gevallen vanuit financieel oogpunt bezien niet mogelijk zijn om beide wegen te bewandelen. Het is er allemaal niet goedkoper op geworden met de doorlopende stijging van de griffierechten. Daarbij komt dat de oorspronkelijk gedaagde in één van beide procedures een proceskostenveroordeling tegemoet kan zien. Hij heeft immers in één procedure het verkeerde rechtsmiddel ingesteld en zal in dat geval niet-ontvankelijk verklaard worden.

Als de schuldeiser, ondanks bezwaren daartoe van de oorspronkelijk gedaagde, toch de tenuitvoerlegging van het ten onrechte gewezen verstekvonnis doorzet, kun je de schorsing van de tenuitvoerlegging vorderen.

25. Hoge Raad 15 oktober 1993, NJ 1994/7, r.o. 3.2.

26. Hoge Raad 12 mei 1944, NJ 1944/45, 302 en Hof Leeuwarden 8 februari 2011, ECLI:NL:2011:BQ0506.

27. Hof 's-Gravenhage 2 december 1983, NJ 1985/343.

28. HR 22 april 1983, NJ 1984/145.

29. Rb. Haarlem 24 april 2009, NJF 2009/338, r.o. 4.6 en Rb. Rotterdam 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1371.

30. Snijders & Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011 (2e druk), nr. 200.