

48

Terugverwijzen of zelf afdoen?

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
 8 januari 2019, nr. 200.222.714/01,
 ECLI:NL:GHSHE:2019:48
 (mr. Keizer, mr. Stienissen, mr. Molin)
 Noot mr. M.C. Schuijt, mr. M. Verhoeff

Devolutieve werking. Verbod van terugverwijzing. Vraag of uitzondering geldt bij onterecht uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring.

[Rv art. 76]

Na vernietiging van een eindvonnis dient het hof de zaak in beginsel zelf af te handelen. Het onderhavige hof acht een uitzondering op deze hoofdregel (het terugverwijsverbod) aanwezig. Daartoe oordeelt het hof dat de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen (onder verwijzing naar Hoge Raad 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857).

Appellant,
 hierna aan te duiden als [appellant],
 advocaat: mr. E.P.M. Smit te Vught,
 tegen
[geïntimeerde],
 handelend onder de naam [agro] Agro te [woonplaats],
 geïntimeerde,
 hierna aan te duiden als [geïntimeerde],
 advocaat: mr. J. Wind te Rotterdam,
 op het bij exploit van dagvaarding van 16 augustus 2017 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 22 juni 2017, door de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, gewezen tussen [appellant] als opposant en [geïntimeerde] als geopposeerde.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaaknummer 5586218, rolnummer 16-10980) (...; red.)*

2. *Het geding in hoger beroep (...; red.)*

3. *De beoordeling*

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

– Tussen partijen is een bewaarovereenkomst gesloten. Op grond van deze overeenkomst heeft [geïntimeerde] voor [appellant] 409 kisten plantenuien in bewaring genomen.

– [geïntimeerde] heeft in verband met de overeenkomst drie facturen aan [appellant] gezonden. [appellant] heeft de derde en laatste factuur van € 9.754,65 ondanks aanmaningen onbetaald gelaten.

3.2.1. Het bestreden vonnis van 22 juni 2017 is gewezen in een verzetprocedure. In de daaraan voorafgaande verstekprocedure vorderde [geïntimeerde] veroordeling van [appellant] tot betaling van € 10.765,84, vermeerderd met de wettelijke rente over € 9.754,65 vanaf 25 mei 2016 en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten. Het gevorderde bedrag van € 10.765,84 bestaat uit de volgende posten:

– een hoofdsom van € 9.754,55;

– € 157,46 aan rente over de hoofdsom, berekend tot en met 24 mei 2016;

– € 853,73 aan buitengerechtelijke kosten.

3.2.2. [appellant] heeft verstek laten gaan. De kantonrechter heeft vervolgens bij het op 22 september 2016 gewezen verstekvonnis, kort gezegd, de vordering van [geïntimeerde] toegewezen.

3.2.3. [geïntimeerde] heeft het verstekvonnis op 25 oktober 2016 aan [appellant] laten betekenen. De betekening heeft niet aan [appellant] in persoon plaatsgevonden, maar door achterlating van een in executoriale vorm uitgegeven grosse van het vonnis in een gesloten envelop.

3.2.4. [appellant] heeft bij dagvaardingsexploot van 6 december 2016 verzet ingesteld tegen het verstekvonnis. [appellant] heeft in de verzetprocedure geconcludeerd tot, kort gezegd, vernietiging van het verstekvonnis van 22 september 2016 en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van [geïntimeerde].

3.2.5. In het tussenvonnis van 12 januari 2017 heeft de kantonrechter een comparitie van partijen gelast.

3.2.6. In het bestreden eindvonnis van 22 juni 2017 heeft de kantonrechter, samengevat, als volgt overwogen.

– Op grond van artikel 143 lid 2 Rv moet het verzet worden ingesteld binnen vier weken na betekening van het verstekvonnis of binnen vier weken na het plegen van enige daad van bekendheid met het vonnis door de veroordeelde persoon (rov. 3.1).

– De verzetdagvaarding is meer dan vier weken na betekening van het verstekvonnis uitgebracht (rov. 3.2).

– Vaststaat dat [appellant] het verstekvonnis heeft ontvangen en dat hij hiermee bekend was. Hij heeft tijdens de comparitie verklaard dat hij in verband met het vonnis contact heeft opgenomen met zijn advocaat (rov. 3.3).

– Het verzet is alleen tijdig ingesteld indien [appellant] pas op 9 november 2016 of later bekend is geworden met het verstekvonnis. Het had op de weg van [appellant] gelegen om meer specifiek aan te geven wanneer hij bekend is geworden met het verstekvonnis. Zijn enkele stelling dat hij een bedrijf in Polen heeft waar hij soms verblijft is onvoldoende om aan te kunnen nemen dat hij pas op 9 november 2016 of later bekend is geworden met het verstekvonnis. Dit leidt tot de conclusie dat [appellant] niet tijdig in verzet is gekomen.

Op grond van deze oordelen heeft de kantonrechter [appellant] niet ontvankelijk verklaard in het verzet en [appellant] in de proceskosten van de verzetprocedure veroordeeld.

3.3. [appellant] heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. [appellant] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het verzetvonnis van 22 juni 2017 en tot, kort gezegd:

– vernietiging van het verstekvonnis van 22 september 2016;

– afwijzing alsnog van de vorderingen van [geïntimeerde];

met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten.

Met betrekking tot de grieven 1 en 2

3.4.1. Het hof zal eerst de grieven 1 en 2 gezamenlijk behandelen. In verband met die grieven is het volgende van belang.

3.4.2. In de verzetdagvaarding heeft [appellant] [geïntimeerde] opgeroepen om op de zitting van de kantonrechter van 22 december 2016 in persoon of bij gemachtigde te verschijnen. [geïntimeerde] heeft vervolgens voor die zitting van

22 december 2016 een 'conclusie van repliek' (hof: kennelijk bedoeld als conclusie van antwoord in oppositie) toegezonden aan de kantonrechter. Deze conclusie is door de griffier aan de gemachtigde van [appellant] toegezonden met een begeleidende brief van 23 december 2016, waarin onder meer het volgende staat:

'De wederpartij heeft schriftelijk gereageerd. U ontvangt een kopie van die reactie.

De kantonrechter zal beslissen of hij van beide partijen tegelijk tijdens een zitting (een comparitie van partijen) een mondelinge toelichting op de zaak wil of dat u na elkaar op elkaars standpunten mag reageren.'

3.4.3. Hierna is het tussenvonnis van 12 januari 2017 geweest, waarin de kantonrechter een comparitie van partijen heeft gelast. De door [geïntimeerde] ingezonden conclusie is in dat tussenvonnis niet genoemd. Wel staat in het vonnis dat een partij die zich wil beroepen op stukken die nog niet zijn overgelegd, die stukken uiterlijk acht dagen voor de zitting aan de kantonrechter en aan de wederpartij moet toesturen.

3.4.4. De comparitie van partijen heeft vervolgens plaatsgevonden op 4 april 2017. Een proces-verbaal van deze zitting is kennelijk niet opgemaakt. Aan het eind van de comparitie is bepaald dat vonnis zou worden gewezen.

3.4.5. In het daarop volgende eindvonnis van 22 juni 2017 staat bij het verloop van de procedure de door [geïntimeerde] voor de zitting van 22 december 2012 ingezonden 'conclusie van repliek (antwoord in oppositie)' als processtuk genoemd en in het vonnis zijn feiten en stellingen genoemd die in die conclusie waren opgenomen.

3.4.6. Door middel van de grieven 1 en 2 betoogt [appellant] dat het geding na het aanbrengen van de verzetdagvaarding op één van de navolgende twee wijzen vervolgd had moeten worden:

- er had op grond van artikel 131 Rv een comparitie van partijen moeten worden gelast, dan wel:
- er had op grond van artikel 132 lid 1 Rv gelegenheid moeten worden geboden voor het nemen van conclusies van repliek en dupliek (hof: conclusies van antwoord in oppositie en repliek in oppositie).

Volgens [appellant] had de kantonrechter, nu hij een comparitie van partijen heeft gelast, de door [geïntimeerde] ingezonden conclusie van repliek (antwoord in oppositie) niet tot de gedingstukken moeten toelaten en hetgeen [geïntimeerde] in die conclusie heeft aangevoerd niet in de beoordeling

mogen betrekken. Indien de kantonrechter het stuk al had willen toelaten, had hij in elk geval aan [appellant] de gelegenheid moeten bieden om een conclusie van dupliek (hof: repliek in oppositie) te nemen, aldus [appellant].

3.4.7. Het hof stelt naar aanleiding van deze grieven voorop dat de instantie waarin een verstekvonnis is geweest, volgens artikel 147 lid 1 Rv door het verzet wordt heropend. Volgens dat artikel verloopt het geding vervolgens zoals in de vijfde afdeling (van het eerste boek, tweede titel) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is bepaald, met dien verstande dat het exploit van verzet als conclusie van antwoord geldt. Dit brengt mee dat na het aanbrengen van een verzetdagvaarding inderdaad ofwel een comparitie van partijen kan worden gelast, ofwel gelegenheid kan worden geboden voor het nemen van conclusies van antwoord in oppositie (te beschouwen als conclusie van repliek) en repliek in oppositie (te beschouwen als conclusie van dupliek).

3.4.8. In dit geval heeft de kantonrechter bij het tussenvonnis van 12 januari 2017 op de voet van artikel 131 Rv een comparitie van partijen gelast en daarna is bepaald dat vonnis zou worden gewezen. De kantonrechter heeft [geïntimeerde] niet op de voet van artikel 132 lid 1 Rv de gelegenheid geboden om een conclusie van antwoord in oppositie (te beschouwen als een conclusie van repliek) te nemen. Dat de kantonrechter vervolgens in het eindvonnis van 22 juni 2017 het door [geïntimeerde] al op 22 december 2016 ingediende stuk – dat destijds ook aan [appellant] was toegezonden – in het vonnis heeft vermeld als 'conclusie van repliek (antwoord in oppositie)' brengt echter niet mee dat het vonnis niet in stand kan blijven. Het stuk kan naar het oordeel van het hof beschouwd worden als een reeds voor de zitting van 22 december 2016 ingediende schriftelijke reactie. [appellant] heeft niet gesteld dat hij niet in de gelegenheid is geweest om op die reactie te reageren, bijvoorbeeld door voor de comparitie ook een eigen schriftelijke reactie in te zenden of door bij de comparitie van partijen mondeling te reageren. In zoverre is niet gebleken van een schending van de beginselen van hoor en wederhoor.

3.4.9. Bovendien brengt het enkele feit dat [appellant] niet uitdrukkelijk de gelegenheid heeft gekregen om schriftelijk op het stuk te reageren, niet mee dat de kantonrechter tot een onjuiste eindbeslissing is gekomen. Het hof volgt [appellant] niet

in zijn stelling dat niet-ontvankelijkverklaring van het verzet achterwege zou zijn gebleven indien de betreffende conclusie buiten beschouwing zou zijn gelaten. De ontvankelijkheid van het verzet is kennelijk tijdens de comparitie van partijen onderwerp van gesprek geweest en is bovendien een kwestie van de openbare orde, die de kantonrechter ook ambtshalve, zonder een daarop gericht verweer, had moeten onderzoeken.

3.4.10. Zoals hierna bij de behandeling van de grieven 3, 4 en 5 zal blijken, moet het vonnis van 22 juni 2017 om een andere reden worden vernietigd en moet het geding worden terugverwezen naar de kantonrechter om verder te worden behandeld. Het verdient aanbeveling dat [appellant] bij die voortgezette behandeling alsnog de gelegenheid krijgt om schriftelijk te reageren op de door [geïntimeerde] ingediende 'conclusie van repliek'. [appellant] kan die gelegenheid nemen indien hij de terugverwezen zaak door middel van een oproepingsexploot weer bij de kantonrechter aanbrengt.

Met betrekking tot de grieven 3, 4 en 5

3.5.1. Door middel van de grieven 3, 4 en 5 bevoogt [appellant] dat de kantonrechter hem ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn verzet. Volgens [appellant] is niet gebleken van een door hem gepleegde daad van bekendheid met het vonnis, gelegen meer dan vier weken voor het instellen van het verzet, en had het verzet dus ontvankelijk moeten worden geacht.

3.5.2. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grieven dat het verstekvonnis op 25 oktober 2016 aan [appellant] is betekend en dat deze betekening niet in persoon heeft plaatsgevonden. Ingevolge artikel 143 lid 2 Rv diende het verzet, aangezien de dagvaarding niet in persoon is betekend, te worden gedaan binnen vier weken na het plegen door [appellant] van enige daad waaruit noodzakelijk voortvloeit dat het vonnis aan hem bekend is. Deze maatstaf houdt in dat de veroordeelde zelf een handeling moet hebben verricht waaruit ondubbelzinnig valt op te maken dat hij over voldoende gegevens met betrekking tot (de inhoud van) zijn veroordeling beschikt om zich daartegen tijdig en adequaat te kunnen verzetten (HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0652).

3.5.3. Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval niet gebleken van een door [appellant] gepleegde daad van bekendheid in de zojuist bedoelde zin die gelegen is vóór 9 november 2016.

Dit brengt mee dat het verzet, dat binnen vier weken na 9 november 2016 is ingesteld (namelijk bij dagvaardingsexploot van 6 december 2016), niet te laat is ingesteld. De kantonrechter heeft [appellant] dus ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in het door hem ingestelde verzet. De grieven 3, 4 en 5 zijn terecht voorgedragen en het bestreden vonnis van 22 juni 2017 kan niet in stand blijven.

Terugverwijzing geschil naar kantonrechter

3.6.1. Als het hof een eindvonnis vernietigt, dient het hof de zaak in beginsel zelf af te handelen en mag het hof de zaak in beginsel niet terugverwijzen naar de rechter die het bestreden vonnis heeft gewezen. Dit is vaste rechtspraak.

3.6.2. Op deze hoofdregel bestaan echter meerdere uitzonderingen. Een uitzondering is onder meer op zijn plaats als de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen (HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857). Daarvan is in het onderhavige geval sprake. De kantonrechter is immers, omdat hij het verzet ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak toegekomen. Het hof zal de zaak daarom ter inhoudelijke behandeling terugverwijzen naar de kantonrechter, zoals [geïntimeerde] in de memorie van antwoord heeft verzocht.

3.6.3. [geïntimeerde] heeft zich in de memorie van antwoord gerefereerd aan het oordeel van het hof met betrekking tot de door [appellant] aangevoerde grieven. Het hof zal daarom geen proceskostenveroordeling uitspreken in dit hoger beroep. De kantonrechter dient in het te zijner tijd door hem te wijzen eindvonnis mede te beslissen over wie de proceskosten van dit hoger beroep moet dragen. Het hof begroot deze kosten aan de zijde van [appellant] op € 105,- inclusief btw aan dagvaardingskosten, € 313,- aan vast recht en € 1.074,- aan salaris advocaat. Aan de zijde van [geïntimeerde] begroot het hof de kosten op € 313,- aan vast recht en € 1.074,- aan salaris advocaat.

3.6.4. Het voorgaande leidt tot de hierna te melden uitspraak.

4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het door de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, onder zaaknummer 5586218 en rolnummer 16-10980 tussen partijen gewezen verzetvonnis van 22 juni 2017; verwijst de zaak terug naar de kantonrechter om inhoudelijk te worden behandeld met inachtneming van hetgeen in dit arrest is beslist; verstaat dat de kantonrechter in het te zijner tijd te wijzen eindvonnis ook moet beslissen wie de proceskosten van dit hoger beroep moet dragen.

NOOT

1. Terugverwijzen of zelf afdoen? Deze vraag lag voor bij het hof en werd beantwoord met een terugverwijzing naar de kantonrechter. Was deze beslissing de juiste? Het uitgangspunt 'terugverwijzingsverbod' is helder, de uitzonderingen hierop zijn in de praktijk echter minder duidelijk en eenvoudig te hanteren. Dit zorgt voor een rommelig ogende praktijk zonder duidelijke en heldere stappen. Zo ook in deze zaak.

2. Appellant heeft bij dagvaardingsexploot van 6 december 2016 verzet ingesteld tegen een verstekvonnis van 25 oktober 2016. Bij eindvonnis van 12 januari 2017 heeft de kantonrechter appellant niet-ontvankelijk verklaard, omdat appellant niet binnen de voorgeschreven termijn van vier weken na betekening van het verstekvonnis verzet zou hebben ingesteld.

3. Appellant komt tegen het vonnis in hoger beroep. Zijn argumentatie is tweeledig. De grieven zijn allereerst gegrond op een vermeende schending van het beginsel van hoor en wederhoor in de verzetprocedure. Daarnaast betoogt appellant dat hij ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard in de verzetprocedure. Het hof oordeelt dat de grieven tegen het niet-ontvankelijkheidsoordeel terecht zijn voorgesteld en wijst de zaak terug naar de rechtbank. Hoewel wij kritische kanttekingen mogelijk achten tegen het oordeel van het hof dat het beginsel van hoor en wederhoor in deze zaak niet is geschonden, beperken wij ons in deze noot tot de terugverwijzing door het hof.

Hoofddregel en ratio

4. Bij vernietiging van een uitspraak in eerste aanleg geldt het zogenoemde 'terugverwijzingsverbod' (HR 23 juni 2000, *NJ* 2001/347). Het prakti-

sche gevolg hiervan is dat hoven na het slagen van een grief de volledige zaak zelf dienen af te doen in plaats van terug te verwijzen naar de rechtbank voor de verdere (inhoudelijke) beoordeling (HR 23 maart 1979, *NJ* 1979/430; HR 30 september 1983, *NJ* 1984/231). Terugverwijzing is aldus een uitzondering op de hoofddregel. 5. De ratio van het terugverwijzingsverbod kan blijken de literatuur aan de hand van een drietal procesrechtelijke principes worden belicht, te weten de devolutieve werking, het uitgangspunt van twee feitelijke instanties en een vlot en efficiënt procesverloop.

6. De devolutieve werking beoogt gefragmenteerde behandeling van zaken bij verschillende instanties te voorkomen. Het principe van twee feitelijke instanties wordt in deze constellatie beschouwd als een tegenhanger van de devolutieve werking (Snijders/Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 259-263, Ras/Hammerstein 2017, nr. 67). In dit verband wordt ook wel gesproken van een spanningsveld tussen de twee principes (Hoge Raad 7 mei 1993, *NJ* 1993/655, m.nt. Ras).

7. Betoogd wordt dat in bepaalde gevallen een tweede instantie nodig is, om een zaak materieelrechtelijk voldoende tot wasdom te laten komen. Partijen zouden er (met name in complexe zaken) gaandeweg in de procedure in eerste aanleg achter kunnen komen dat bepaalde aspecten ofwel feiten van de zaak relevanter zijn dan zij in eerste instantie hadden gedacht. Als nuancering van het belang van twee instanties wordt aangevoerd dat het gemis ervan kan worden ondervangen doordat de appelrechter zich in een voorkomend geval (meer) als eerste aanlegrechter gedraagt (HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/215, m.nt. Heemskerk, HR 10 oktober 2003, «JBPR» 2004/12, m.nt. Asser, HR 12 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:225).

8. Als derde kan de doelstelling van een vlot en efficiënt procesverloop, al dan niet omwille van de proceseconomie, het antwoord op de vraag naar de wenselijkheid van terugverwijzing kleuren (Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/81, bijgewerkt tot 01/01/2018, Ras/Hammerstein 2017, nr. 67). De gedachte dat 'pingpong-terugverwijzing' tussen eerste aanleg en hoger beroep dient te worden voorkomen is niet nieuw. In zijn annotatie onder HR 28 november 1946 heeft Veegens reeds de wenselijkheid van procesvereenvoudiging en

-bespoediging als een van de argumenten voor het terugverwijfsverbod aangemerkt (HR 28 november 1946, *NJ* 1947/50, m.nt. Veegens).

Uitzonderingen op de hoofdregel

9. De Hoge Raad heeft tot op heden slechts vier uitzonderingen op het terugverwijfsverbod aanvaard. Art. 76 Rv bepaalt de eerste twee uitzonderingen 'indien een uitspraak van de lagere rechter wordt vernietigd waarin deze lagere rechter zich onbevoegd had verklaard wegens ontbreken van rechtsmacht of in verband met een overeenkomst tot arbitrage'.

10. Voor de twee overige uitzonderingen is relevant het arrest HR 11 december 2009, «JBPr» 2010/17, m.nt. Roffel, (*AB&P/AXA*). Het geval waarin de lagere rechter ten onrechte ontslag van instantie heeft verleend wordt in dat arrest op één lijn gesteld met de eerder door hem aanvaarde uitzonderingsgevallen. Daartoe overweegt de Hoge Raad kort en goed dat bij een ten onrechte gegeven ontslag van instantie de lagere rechter op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen (idem, r.o. 3.4.1).

11. De Hoge Raad oordeelt verder inmiddels in een lange reeks arresten dat hoven de zaak aan zich dienen te houden in geval van een ten onrechte gegeven niet-ontvankelijkverklaring (HR 28 november 1946, *NJ* 1947/50, m.nt. Veegens, HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/215, m.nt. Heemskerk, HR 8 januari 1993, ECLI:NL:HR:2009:ZC0817, *NJ* 1993/653; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4936, *NJ* 2000/509, HR 23 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, *NJ* 2015/68, m.nt. Snijders. Zie tevens HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3395 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1478 voor twee in dit verband verworpen cassatieverzoeken met toepassing van art. 81 Wet RO). De Hoge Raad motiveert de handhaving van het terugverwijfsverbod met de overweging die er kort gezegd op neerkomt dat een eenduidig en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium voor terugverwijzing ontbreekt.

Terechte terugverwijzing?

12. In de onderhavige kwestie wijst het hof de zaak terug naar de kantonrechter onder verwijzing naar rechtsoverweging 3.4.1. van het arrest *AB&P/AXA* (zie punt 10). De enkele verwijzing

naar *AB&P/AXA* is onzes inziens te kort door de bocht. In dat arrest aanvaardt de Hoge Raad namelijk slechts een uitzondering op het terugverwijfsverbod voor ten onrechte verleend ontslag van instantie en niet voor ten onrechte niet-ontvankelijkverklaring.

13. Hoewel de terugverwijzing kan worden geplaatst tegen de achtergrond van een wat rommelig ogend praktijkgebied, is dat op zichzelf geen rechtvaardiging voor het hanteren van een afwijkende koers. Het hof motiveert niet om welke reden het door hem aan het *AB&P/AXA* ontleende criterium duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren zou zijn voor dit specifieke geval van een ongegronde niet-ontvankelijkverklaring.

14. Het hof had zijn beslissing uitgebreider kunnen motiveren. Zo had het hof inhoudelijk kunnen motiveren welke feiten en/of omstandigheden meebrengen dat de kantonrechter op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling zou zijn toegekomen. Gelet op het procedureverloop zijn er echter argumenten aan te dragen die juist tegen die interpretatie van het hof indruisen. Zo lag de zaak in dit geval al (bijna) in eerste aanleg gereed voor vonnis en had al een zitting plaatsgevonden.

15. Zoals onder punt 11 reeds uitgewerkt, heeft de Hoge Raad ook na het wijzen van zijn arrest inzake *AB&P/AXA* in meer gevallen van ongegronde niet-ontvankelijkverklaring vastgehouden aan het terugverwijfsverbod (HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, *NJ* 2015/68, m.nt. Snijders; HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3395; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1478 (beide cassatieverzoeken verworpen met toepassing van 81 RO). Een van de arresten uit die reeks vertoont qua casuïstiek grote gelijkenis met de casuïstiek van het onderhavige arrest (HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/509, m.nt. Snijders, (*Stienstra Holding/M*)). Het ging in dat arrest namelijk, net als in dit geval, over al dan niet terugverwijzing na vernietiging van een uitspraak van de kantonrechter vanwege een onjuiste vaststelling van het aanvangsmoment van de verzettermijn. Ook daarom lijkt een nadere motivering op zijn plaats te zijn geweest.

16. De terugverwijzing valt bovendien niet onder een van de wettelijke uitzonderingscategorieën van art. 76 Rv nu de onbevoegdheidsverklaring niet zag op het ontbreken van rechtsmacht of in verband met een overeenkomst tot arbitrage.

17. Kortom, de onderhavige terugverwijzing valt naar onze mening op praktische en inhoudelijke gronden lastig te verdedigen. Bovendien lijken de hiervoor behandelde theoretische uitgangspunten uit de doctrine niet voor terugverwijzing te pleiten, integendeel. Een gefragmenteerde behandeling wordt niet voorkomen aangezien het procesbelang boven de appelgrens zal uitkomen en in beginsel hoger beroep tegen de inhoudelijke beslissing open zal staan. Twee feitelijke instanties lijken niet nodig om de zaak uit de verf te laten komen, gelet op het beperkte financiële belang en de ogenschijnlijke eenvoud van de zaak (een onbetaald gelaten factuur). De procedure wordt ook vertraagd door de terugverwijzing, hetgeen onwenselijk is met het oog op een vlot procesverloop.

18. Aldus resteert na lezing van het arrest het gevoel dat het hof zonder aanvaardbare uitleg afwijkt van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Onduidelijkheid in de praktijk

19. De terugverwijzing door dit hof staat evenwel niet op zichzelf. Het gebeurt vaker dat hoven een afwijkende koers varen (HR 28 november 1946, *NJ* 1947/50, m.nt. Veegens, Hof Amsterdam 5 september 2006, «JBPr» 2006/32, m.nt. Hammerstein, Hof Arnhem 15 oktober 2002, «JBPr» 2003/10, m.nt. Linssen). Het onderhavige hof week recentelijk opnieuw af van de heersende lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad (Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1213, vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3659). Een ander hof lijkt de deur ook nog niet helemaal dicht te hebben gesloten (Hof Arnhem 28 februari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV8007, «JBPr» 2012/53, m.nt. Venhuizen, «JIN» 2012/84, m.nt. Ruitenbeek-Bart). De praktijk op het gebied van terugverwijzing kan dan ook weerbarstig worden genoemd.

20. Deze weerbarstigheid kan worden verklaard vanuit de achtergrond dat de vraag naar een nadere uitbreiding van de uitzonderingscategorieën al langere tijd ter discussie staat (Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/143, Snijders/Wendels, *Civiel appel*, 2009, nr. 263, Ras/Hammerstein 2017, nr. 69).

Een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium voor terugverwijzing

21. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat het terugverwijsverbod steeds uitgangspunt is, mede vanwege de hiervoor in alinea 11 behandelde omstandigheid dat uitzonderingen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden (meer specifiek volgt dit uit HR 16 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0926, *NJ* 1993/654, r.o. 3.2; HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0949, *NJ* 1993/655, r.o. 3.6; HR 23 juni 2000, *NJ* 2001/347, r.o. 3.5 (en dit onder verwijzing naar HR 16 april 1993, *NJ* 1993/654); HR 11 december 2009,

ECLI:NL:HR:2009:BK0857, *NJ* 2010/581, r.o. 3.4.1; HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:97, r.o. 3.4).

22. In verband met de onderhavige terugverwijzing is van belang dat niet-ontvankelijkheid op zichzelf ook geen helder en eenvoudig te hanteren criterium lijkt, bij gebrek aan een wettelijke omschrijving en vanwege de fluctuerende betekenis van dit begrip (Ras/Hammerstein 2017, nr. 69 en z. HR 7 mei 1993, *NJ* 1993/655, m.nt. Ras en de aldaar vermelde literatuur).

23. Roffel heeft zich afgevraagd of de Hoge Raad met de passage in zijn arrest *AB&P/AXA*, inhoudende 'dat de lagere rechter op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen' wellicht 'en passant' een nieuw criterium voor verdere uitzonderingen op het terugverwijsverbod heeft willen formuleren. Zij leidt echter uit het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2014 en de nadien gewezen bestendige arresten af dat de Hoge Raad vasthoudt aan zijn strakke lijn en geen nadere ruimte heeft gecreëerd voor nadere uitzonderingen op het terugverwijsverbod. Zij oppert verder dat de Hoge Raad de klok met het arrest van 17 januari 2014 juist weer een stukje achteruit heeft gezet (HR 11 december 2009, «JBPr» 2010/17, m.nt. Roffel, sub 11 en HR 17 januari 2014, «JBPr» 2014/26, m.nt. Roffel). Op basis van de zojuist genoemde arresten lijkt Roffel in laatstgenoemde annotatie tevens de interpretatie van Snijders weerlegd te zien, die inhoudt dat de beslissing van de Hoge Raad in het arrest *AB&P/AXA* een evolutie faciliteert naar meer omstandigheden waarin zou kunnen worden terugverwezen (zie annotatie H.J. Snijders in *NJ* 2010/581).

24. Wij denken dat nuancering mogelijk is. De Hoge Raad heeft weliswaar in een bestendige

reeks gevallen van ongegrond bevonden niet-ontvankelijkverklaring geen terugverwijzing aanvaard maar van een totaalverbod op terugverwijzing na ongegronde niet-ontvankelijkheid is bij de Hoge Raad geen sprake. In onze lezing van 's Raads arresten op dit punt formuleert hij het (geparafraseerd) aldus dat 'dit geval' geen gelijkstelling met de eerder aanvaarde uitzonderingen rechtvaardigt. De Hoge Raad heeft ongegrond bevonden niet-ontvankelijkverklaring niet in zijn algemeenheid verworpen als mogelijke terugverwijzingsgrond. Verder verzet de Hoge Raad zich niet evident tegen terugverwijzing in gevallen waarin geen ongegronde niet-ontvankelijkheid is vastgesteld en waarin de rechter niettemin op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling kan zijn toegekomen (zie Hof Arnhem 28 februari 2012, «JBPR» 2012/53, m.nt. Venhuizen voor een omstandigheden-catalogus). Als sprake is van een bruikbaar criterium, dan is het dus breder inzetbaar dan alleen in gevallen van een ten onrechte uitgesproken niet-ontvankelijkheid.

25. Met het doel van de devolutive werking in het achterhoofd kan worden getoetst of de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen en kan wellicht gefragmenteerde behandeling worden voorkomen. Voordat een dergelijke toets tot criterium wordt verheven, lijkt het raadzaam om in elk geval uit te maken wat onder 'inhoudelijke behandeling' en wat onder 'gefragmenteerde behandeling' wordt verstaan. Daarnaast is van belang of en in hoeverre gefragmenteerde behandeling kan worden voorkomen door toepassing van het criterium 'op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak toegekomen'.

Tot slot

26. Inzoomend op het hier besproken praktijkgeval is niet evident dat de kantonrechter 'niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen'. Het onderhavige geval demonstreert overigens dat in de toepassing van het criterium bij ongegronde niet-ontvankelijkverklaring ook nog het gevaar schuilt dat het geschil na terugverwijzing eigenlijk al bijna volledig behandeld is maar door die terugverwijzing maar blijft voortduren. De inhoudelijke behandeling was immers al (bijna) compleet en alleen vanwege de niet-ontvankelijkverklaring was nog geen inhoudelijke beoordeling gegeven.

Indien in een zodanig geval wordt overwogen dat de rechter op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen dan lijkt het alsof het geschil in drie feitelijke instanties aan de orde komt, zolang er na het doorlopen van een volledige eerste instantie nog geen inhoudelijke beoordeling is gegeven.

27. Aangezien nog de nodige vragen over de betekenis en reikwijdte open staan, lijkt het eventuele criterium nog niet duidelijk en evenmin eenvoudig te hanteren. Als zodanig is het vooral geen aantrekkelijk uitgangspunt voor het bepalen van nadere uitzonderingen op het terugverwijzingsverbod (zie in verband met een criterium voor nadere uitzonderingen tevens Ras/Hammerstein 2017, nr. 67 en conclusie A-G Timmerman bij HR 17 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:992, sub 2.8).

mr. M.C. Schuijt

als docent privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht

mr. M. Verhoeff

was dat eveneens tot 1 september 2019. Zij is per 1 oktober 2019 board secretary en legal counsel bij Lifetri