

Willem Heemskerk

incidentele conclusies vóór alle weren?

Om redenen van proceseconomie kan het verstandig zijn een exceptie bij afzonderlijke – incidentele – conclusie op te werpen. Mág dat ook, of wordt dan het recht om ten principale te antwoorden verspeeld? Willem Heemskerk analyseert de stand van het recht en pleit voor een incident tot niet-ontvankelijkverklaring.

Art. 128 lid 3 Rv bepaalt: ‘De gedaagde brengt alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren, op straffe van verval van de niet aangevoerde excepties en, indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om dat alsnog te doen.’

In lid 4 is (uitsluitend) een uitzondering op deze regel opgenomen voor de exceptie van beraad: de erfgenamen en zij die na ontbinding van een gemeenschap van goederen in termen van beraad zijn, kunnen hun verweer tot een beroep daarop beperken. Daarmee rijst de vraag of art. 128 lid 3 Rv ertoe leidt dat andere excepties niet bij wege van incidentele conclusie kunnen worden opgeworpen, nu gesproken wordt over het gelijktijdig antwoorden, op straffe van verval van het recht om dat alsnog te doen, als het incident is uitgewezen. Het antwoord op die vraag luidt (in enkele gevallen) nee, maar alvorens dat antwoord uit te werken, is het goed om in te gaan op de begrippen ‘exceptie’ en ‘incident’.

EXCEPTIES

Het begrip exceptie is niet in de wet gedefinieerd, hoewel art. 128 lid 3 Rv aan het niet tijdig aanvoeren fatale consequenties verbindt.¹ In de lex Hartogh uit 1896, waarmee de thans in art. 128 lid 3 Rv neergelegde concentratie van verweer aanvankelijk in art.

141 lid 2 Rv-oud werd gecodificeerd, heeft men een definitie van het begrip ‘exceptie’ en ‘verdediging ten principale’ bewust achterwege gelaten. Het onderscheid werd aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.² Bijna een eeuw later heeft de Hoge Raad een benadering van het onderscheid gegeven: ‘(De) in art. 141 lid 2 (Rv-oud, WH) genoemde excepties (moeten) worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen.’³ Aangenomen kan worden dat de volgende processuele verweren excepties zijn, die dus aanstonds – op straffe van het verval van het recht daartoe – bij antwoord moeten worden aangevoerd: exceptie van onbevoegdheid van de rechter, beroep op nietigheid van de dagvaarding, exceptie van beraad, beroep op het ontbreken van de bevoegdheid als procespartij op te treden (ius standi in iudicio), beroep op (appél)termijnoverschrijding en beroep op berusting.

De volgende verweren worden algemeen tot materiële verweren gerekend, en kunnen dus ook in de verdere verloop van het geding naar voren worden gebracht: beroep op verjaring, kwijtschelding of compensatie, beroep op gezag van gewijsde, beroep op ontbreken

van de hoedanigheid waarin eiser beweert op te treden of gedaagde is gedagvaard, de exceptio plurium litis consortium en een beroep op art. 25 lid 1 Fw (vordering had door curator moeten worden ingesteld).

INCIDENTEN

Incidenten zijn verwickelingen in een procedure die de behandeling van de hoofdzaak kunnen onderbreken of vertragen. Incidenten beginnen met een incidentele conclusie, een hoofdconclusie, een verzoekschrift of een door de rechter in een tussenvonnis gegeven beslissing. De artt. 208-224 bevatten een regeling van een aantal incidentele vorderingen, die bij incidentele conclusie worden ingeleid: vrijwaring, voeging en tussenkomst, verwijzing en voeging van zaken, provisionele vordering en de cautio iudicatum solvi. Elders zijn geregeld de exceptie van onbevoegdheid (artt. 11, 71, 72, 110, 1022), de exceptie van beraad (art. 128 lid 4), de vordering tot het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van het vonnis (art. 234), de vordering tot het stellen van zekerheid (art. 235) en de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis (art. 351). Overigens is het wettelijk stelsel niet limitatief, met andere woorden: er moet in beginsel ook ruimte zijn voor niet in de wet geregelde incidenten.

VÓÓR ALLE WEREN

Bij de behandeling van het ontwerp dat tot de lex Hartogh⁴ heeft geleid, is een – mislukte – poging gedaan om de exceptie van onbevoegdheid van de rechter uit te sluiten van de

toen in art. 141 lid 2 Rv-oud, thans art. 128 lid 3 Rv, neergelegde regel dat excepties gelijktijdig met het antwoord ten principale dienen te worden voorgedragen, op straffe van verval van het recht ten principale te antwoorden. In 1954 was het tij echter gekeerd, want toen is aan art. 154 Rv-oud een tweede lid toegevoegd, dat als volgt luidde: 'De exceptie, dat een andere gewone rechter bevoegd is, moet worden voorgesteld bij met redenen omklede conclusie vóór alle weren ten dage van het voordragen van verweer bepaald'.⁵

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze regel een uitzondering bedoelde te vormen op het ongewijzigde tweede lid van art. 141 Rv-oud.⁶ Een gelijke formulering als in art. 154 lid 2 Rv-oud vindt men thans in de artt. 11, 110 en 1022 Rv, *niet* in art. 71 en 72 Rv. Dat betekent dat de exceptie van het ontbreken van internationale rechtsmacht, de exceptie van het ontbreken van relatieve competentie en de exceptie van arbitrale bevoegdheid in een afzonderlijke incidentele conclusie aan de orde kunnen worden gesteld, zonder dat daarmee het recht om ten principale te antwoorden wordt verspeeld.⁷ Overigens mogen deze excepties ook gelijktijdig met een inhoudelijk antwoord worden voorgedragen, in welk geval de Hoge Raad heeft bepaald dat wanneer de exceptie eerst aan het slot van de conclusie van antwoord staat vermeld, deze niettemin als 'vóór alle weren' gedaan kan worden beschouwd.⁸

Incidenten kunnen – zolang zij althans geen exceptie inhouden – worden opgeworpen bij afzonderlijke conclusie, naar volgt uit art. 208 Rv. In een enkel geval moeten ook zij vóór alle weren worden opgeworpen, dus vóór of bij gelegenheid van de conclusie van antwoord: de vordering tot oproeping in vrijwaring (art. 210 Rv) en de vordering tot verwijzing wegens litispendingie of connexiteit (art. 220 Rv).

De wet kent niet het incident tot niet-ontvankelijkverklaring van eiser/appellant in

diens vordering/hoger beroep, maar nu – als gezegd – het wettelijk stelsel van incidenten niet limitatief is, zou een dergelijk incident goede diensten kunnen bewijzen, bijvoorbeeld in het geval eiser zich als niet bestaande (rechts)persoon presenteert, failliet blijkt te zijn, de vordering is verjaard, een andere rechtsgang openstaat, et cetera. Degene die dat incident opwerpt dient echter alert te zijn of niet tevens een exceptie wordt opgeworpen en ook overigens rekening te houden met de mogelijkheid dat de rechter het incident – onbekend is onbemind – niet accepteert; teneinde elk mogelijk risico te vermijden dient derhalve gelijktijdig inhoudelijk verweer te worden gevoerd, maar een uitwijzing van het incident na antwoord kan het processuele debat in elk geval beperken.

Het zou goed zijn als de wetgever zich nader over dit incident zou beraden en daarbij tevens zou onderzoeken in hoeverre een aan het antwoord voorafgaande uitwijzing tot de mogelijkheden zou moeten behoren. Nog steeds komt het in kantonzaken voor dat als eiser bijvoorbeeld 'Sinterklaas' of 'Onze Lieve Heer' optreedt, en een voorafgaande betwisting van diens *ius standi* in *iudicio* zou dan tot de mogelijkheden moeten behoren; datzelfde geldt voor de minder poëtische voorbeelden dat eiser failliet blijkt te zijn, de vordering is verjaard, een andere rechtsgang openstaat, et cetera. Ook dan is een voorafgaande beoordeling van de ontvankelijkheid zinvol.

HOGER BEROEP

Art. 128 lid 3 Rv geldt niet in hoger beroep, wel art. 347 lid 3 Rv; de geïntimeerde zal in hoger beroep excepties kunnen opwerpen, niet tegen de oorspronkelijke vordering, maar tegen het principaal hoger beroep.⁹ Daarbij kan worden gedacht aan berusting, nietigheid appèldagvaarding, overschrijding van de appèltermijn, verkeerde appèlrechter, et cetera, telkens dus kwesties die de *ontvankelijkheid* van het hoger beroep betreffen.

Naar mijn mening belet niets de geïntimeerde om een daartoe strekkend incident voorafgaand aan zijn antwoord bij incidentele memorie of, zo men wil: conclusie, op te werpen. Een aan de inhoudelijke behandeling van het hoger beroep voorafgaande uitwijzing dient slechts de proceseconomie. De geïntimeerde doet er – om doelmatigheidsredenen én om niet het risico te lopen dat de appèlrechter hem niet (meer) de gelegenheid tot antwoorden zal bieden – verstandig aan die incidentele memorie niet te nemen op een moment dat hij voor antwoord staat, maar op een moment dat appellant van grieven moet dienen.

Overigens zouden appèl(rol)rechters, anders dan in de praktijk nog wel eens gebeurt, zich niet op onbekendheid met een incidentele memorie tot niet-ontvankelijkverklaring mogen beroepen; bij herhaling heeft de Hoge Raad de afzonderlijke behandeling van een dergelijk incident toegestaan.¹⁰ E. Korthals Altes noemt dat terecht 'praktisch'.¹¹

NOTEN

- 1 Zie voor een historische benadering W. Hugenoltz/ W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2002, nr. 66, pp. 66-67.
- 2 A.F.K. Hartogh/C.A. Cosman, *De Wet van 7 juli 1896 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, Den Haag 1897, p. 58.
- 3 HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374 (HER), rov. 3.3.
- 4 In werking getreden op 1 januari 1897.
- 5 Wet van 21 januari 1954, *Stb.* 27, i.w.tr. 1 maart 1954.
- 6 TK 1951-1952, 2 601, nr. 3, p. 2.
- 7 De wetgever zou er verstandig aan hebben gedaan een en ander – in art. 128 lid 3 Rv – bij de grote herziening van Boek 1 Rv per 1 januari 2002 te verhelderen.
- 8 HR 29 april 1994, NJ 1994, 488, rov. 3.4.
- 9 Zie voor de procedure in cassatie art. 412 lid 1 Rv.
- 10 HR 16 januari 1976, NJ 1977, 97; HR 17 december 1976, NJ 1977, 465 (WHH onder 466); HR 6 december 1985, NJ 1986, 196, rov. 3. HR 31 januari 2003, *RvdW* 2003, 33, rov. 3.2.
- 11 *Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering*, aantek. 1 op art. 412.