

In een civiele procedure kan de eis worden gewijzigd zolang de rechter geen einduitspraak doet. Een nieuw arrest van de Hoge Raad legt de grens eerder: bij de memoriewisseling. Omdat deze regel leidt tot complicaties moet het arrest beperkt worden uitgelegd: de eiser mag zijn kruit niet te lang droog houden.

Eiser mag kruit bij memorie niet droog houden

.....
Yuri Wehrmeijer en Freerk Falkena
advocaten te Amsterdam
.....

In een dagvaardingsprocedure kan de eiser ex art. 130 Rv zijn eis of de gronden daarvan veranderen of vermeerderen zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen.¹ Volgens de schakelbepaling van art. 353 lid 1 Rv geldt deze bepaling ook in hoger beroep. Dit uitgangspunt lijkt de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 2008² wat betreft het hoger beroep te hebben verlaten. De Hoge Raad heeft beslist dat eiswijziging in hoger beroep in beginsel slechts kan plaatsvinden bij

.....
1 Indien een partij niet in het geding is verschenen, is een verandering of vermeerdering van eis tegen die partij uitgesloten, tenzij de eiser de verandering of vermeerdering tijdig bij exploit aan haar kenbaar heeft gemaakt. Art. 130 lid 3 Rv.
2 HR 20 juni 2008, LJN: BC 4959 (NOM), gewezen door J.B. Fleers, A. Hammerstein, J.C. van Oven, F.B. Bakels en W.D.H. Asser.

.....
memorie (van grieven of van antwoord). Het is de vraag of dit door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt een aanwinst is.
.....

Wijziging van eis

Het komt regelmatig voor dat eiser belang heeft bij een wijziging van de eis, zoals die in de dagvaarding (of de eis in reconventie) is geformuleerd. Zo kan de schade van de eiser bijvoorbeeld hoger uitvallen dan oorspronkelijk werd gevorderd, de eiser kan een fout hebben gemaakt in het petitum van de dagvaarding of heeft behoefte aan wijziging van de grondslag van de vordering.³ De strekking van art. 130 Rv (en art. 129 Rv) is de rechter in staat te stellen recht te doen op de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding.⁴ Maar meer nog dient de regeling van de

.....
3 H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 157.
4 L.E.H. Rutten, *Wijzigingen Burgerlijke Rechtsvordering*, 1952-1958, p. 15.

eiswijziging de proceseconomie. Wordt een eiswijziging in eerste aanleg 'buiten beschouwing' gelaten, dan kan eiser voor het meerdere of andere een afzonderlijke procedure beginnen, of in appèl nogmaals zijn eis wijzigen.⁵ Wordt een eiswijziging in hoger beroep geweigerd (buiten beschouwing gelaten), dan is daarmee de kous af, want tegen de beslissing over eiswijziging of eisvermeerdering staat ingevolge het bepaalde in art. 130 lid 2 Rv geen hogere voorziening open.

Met de term 'eiswijziging' doelt art. 130 Rv zowel op het petitum (waarin de eis is geformuleerd) als het fundamentum petendi (de gronden van de vordering).⁶ Dat betekent dat eiser door middel van een eisvermeerdering nieuwe feiten in stelling kan brengen.⁷

.....
5 Snijders, t.a.p., p. 157, 159.
6 *Groene Kluwer Privaatrecht* (W. Heemskerck), art. 130 Rv, aant. 1; D. Rijpma, 'Vermeerdering van de eis in appèl', in: *Advocatenblad* 2000-18, 6 oktober 2000, p. 751.
7 Rijpma, t.a.p., p. 751.

Nou goed dan; ik eis mijn bestelde én betaalde boterletters!



Dat is uw eis? Prima – ze zijn alle 40.000 van u. Ze zitten in een schip dat tot 1 april in Genua aan de ketting ligt. U heeft ze ruim op tijd... voor volgend jaar.



Een eiswijziging geschiedt schriftelijk,⁸ bij conclusie of akte ter rolle, maar is niet meer mogelijk bij een comparitie van partijen⁹ en ook niet bij pleidooi.¹⁰ Wel kan tijdens pleidooi schriftelijk akte van een eiswijziging worden verzocht.¹¹

Tegen een vermeerdering van de vordering of een verandering van de grondslag daarvan kan de gedaagde zich verzetten¹² op de grond dat de vermeerde-

ring of de verandering in strijd is met de eisen van een goede procesorde.¹³ Daarvan is sprake wanneer door de verandering van eis de mogelijkheid om verweer te voeren onredelijk wordt bemoeilijkt, de gedaagde onredelijk in zijn verdediging wordt bemoeilijkt of wanneer het geding onredelijk wordt vertraagd.¹⁴ De rechter kan op grond van strijd met een goede procesorde ook ambtshalve een eiswijziging buiten beschouwing laten.¹⁵ De rechter beslist, na partijen te hebben gehoord, zo spoedig mogelijk.¹⁶

recht (W. Heemskerk), art. 130 Rv, aant. 3. Zie verder art. 2.6 Landelijk rolreglement.

¹³ PG p. 321-322.

¹⁴ PG p. 322 met verwijzing naar HR 12 oktober 1990, NJ 1991, 186.

¹⁵ Art. 130 lid 1 Rv, laatste zin. De wetgever beschouwt de ambtshalve bevoegdheid van de rechter als een uitwerking van de verplichting van de rechter te waken tegen onredelijke vertraging van het geding (art. 20 Rv; PG p. 322).

¹⁶ Art. 130 lid 1 Rv. Wanneer op andere wijze (zoals in een volgende conclusie) bezwaar wordt gemaakt, wordt op dat bezwaar pas in het eerstvolgende vonnis beslist. *Groene Kluwer Privaatrecht* (W. Heemskerk), art. 130 Rv, aant. 3.

Eiswijziging zou niet ambtshalve geweigerd moeten worden als de gedaagde geen bezwaar maakt

Het komt zelden voor dat de rechter in eerste aanleg een eiswijziging niet toestaat. Zelfs een eiswijziging tegen het einde van de procedure wordt ondanks bezwaar veelal geoorloofd geacht. Blijkbaar acht de rechter de voordelen van eiswijziging groter dan de nadelen.¹⁷

Duidelijkheid na memoriëwisseling

Op 20 juni 2008 heeft de Hoge Raad

¹⁷ Een nadeel voor gedaagde is dat hij een deel van de instantie verliest. *Snijders, t.a.p.*, p. 157-159.

⁸ Volgens de MvT moet de omvang van het geschil voor de betrokkenen duidelijk vastliggen.

A.L.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Parlementaire Geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Kluwer: Deventer 2002 ('PG'), p. 322.

⁹ HR 9 februari 1968, NJ 1968, 141; HR 1 juli 1983, NJ 1984, 52.

¹⁰ HR 16 december 1983, NJ 1984, 718, m.nt. WHH.

¹¹ Zodat de pleitzitting de facto als rolzitting wordt gebruikt. HR 19 november 1971, NJ 1972, 62; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 januari 2003, JBPR 2003, 61, m.nt. F.J.H., onder 4. De akte of conclusie moet door een advocaat worden ondertekend. Art. 83 lid 2 Rv.

¹² Gedaagde zal schriftelijk (bij conclusie of akte) bezwaar moeten maken. In kantonzaken kan dat schriftelijk of mondeling. *Groene Kluwer Privaat-*



.....
Gegevens die aan eiser niet bekend waren of hadden kunnen zijn, moeten een uitzondering mogelijk maken op de nieuwe hoofdregel van de Hoge Raad

een belangrijke uitspraak gedaan over de eiswijziging in hoger beroep.¹⁸ De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat ‘de in art. 347 lid 1 Rv besloten tweeconclusie-regel ook wel de – ingevolge art. 130 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv – aan de oorspronkelijke eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis, in hoger beroep beperkt in die zin dat hij *in beginsel* [curs. auteurs] zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijk eiser is gesteld.’¹⁹

De Hoge Raad stelt voorop dat *in beginsel* een eisverandering of eisvermeerdering, ook wat betreft de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering (lees: fundamentum petendi), niet later dan bij memorie van grieven of van antwoord kan worden geformuleerd.

18 HR 20 juni 2008, LJN: BC 4959 (NOM).
 19 R.o. 4.2.4.

Volgens de Hoge Raad moet na memoriewisseling duidelijk zijn wat partijen over en weer van elkaar vorderen.

Dit uitgangspunt van de Hoge Raad strookt niet met de heersende rechtsopvatting zoals deze blijkt uit de wet, de jurisprudentie en de literatuur, namelijk dat eiswijziging, dus wijziging van het petitum evenals wijziging van het fundamentum petendi, mogelijk is zolang de rechter (in eerste aanleg of in hoger beroep) nog geen einduitspraak heeft gedaan.²⁰

Rechtersrecht

Voor de overweging van de Hoge Raad valt veel te zeggen, voor zover het feiten betreft die aan eiser bekend waren, maar die hij niet eerder in de procedure naar voren heeft gebracht. De ‘houd-je-kruiddroog’-tactiek wordt op die manier verder ingeperkt. Maar het uitgangspunt heeft ook een keerzijde. Het is de vraag waarom de Hoge Raad de wettelijke mogelijkheid de (grondslag van de) eis te wijzigen totdat eindvonnis/eindarrest is gewezen, heeft willen beperken. Kennelijk acht de Hoge Raad de drempel van de vorm (akte of conclusie) en het instrument van de goede procesorde ontoerei-

.....
 20 Anders: B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, nr. 286. Daarin is reeds bepleit dat de ‘in beginsel strakke regel’ die voor grieven geldt ook geldt voor de regels omtrent de eiswijziging.

kend, zodat de Hoge Raad thans iedere eiswijziging na memoriewisseling als ‘in beginsel’ ontoelaatbaar aanmerkt. De invulling van dit uitgangspunt wordt aldus ‘rechtersrecht’ dat verder vorm moet krijgen.

Complicaties

Zal eiswijziging ambtshalve buiten beschouwing worden gelaten, enkel omdat eiser eerst na memoriewisseling zijn eis (of de gronden daarvan) verandert of vermeerderd? De Hoge Raad oordeelt weliswaar dat na die memoriewisseling de eiswijziging in beginsel niet is toegestaan, maar geeft verder geen aanwijzingen in welke gevallen dit toch is toegelaten. Wat te doen bijvoorbeeld wanneer de gedaagde geen bezwaar maakt tegen de eiswijziging na memoriewisseling? Kan of moet de rechter een dergelijke eiswijziging na memorie, gelet op dit arrest, ambthaltweigeren, enkel op de grond dat eiser in beginsel te laat is? Het uitgangspunt van de Hoge Raad zou onzes inziens in ieder geval niet (ambtshalve) gehanteerd moeten worden indien geen bezwaar wordt gemaakt tegen de eiswijziging.

Wat te doen als in hoger beroep na memoriewisseling een of meerdere tussenarresten worden gewezen? Als voorbeeld kan worden genoemd een tussenarrest waarin de hogere rechter een deskundigenbericht beveelt. Naar aanleiding van de uitkomsten van het

goed. Dan krijg je nu
nog een definitieve kans
om te zeggen wat je
wil...



'Ik wil
gewoon een
beetje aandacht...



deskundigenbericht zouden nieuwe gegevens naar voren kunnen komen, die aanleiding kunnen geven tot een eiswijziging of een eisvermeerdering. Volgens het uitgangspunt van de Hoge Raad zou de eis dan in beginsel niet meer kunnen worden gewijzigd. Gegevens die aan eiser niet bekend waren of hadden kunnen zijn, moeten een uitzondering mogelijk maken op de nieuwe hoofdregel van de Hoge Raad.

Gezag van gewijsde blokkeert

Het door de Hoge Raad geïntroduceerde beginsel raakt de balans tussen procederende partijen. De oorspronkelijke gedaagde (verweerder) mag bezwaar maken tegen de eisvermeerdering op grond van een goede procesorde. Uit de MvT blijkt dat art. 20 Rv een belangrijke reden is geweest om in art. 130 Rv op te nemen dat de rechter op grond van een goede procesorde (en dus niet op een inhoudelijke grond) ambtshalve een eisverandering mag weigeren.²¹ Maar de eiser kan een gerechtvaardigd belang hebben bij eiswijziging gedurende de procedure. Meent eiser recht te hebben op meer dan hij heeft gevorderd binnen dezelfde rechtsbetrekking,²² dan moet hij zijn eis alsnog kunnen vermeerderen of veranderen in die procedure.

Het is eiser toegestaan om in appèl te gaan enkel om zijn eis te kunnen wijzigen,²³ maar deze rechtsregel biedt (uiteraard) in hoger beroep geen uitkomst. Het belang van eiser om zijn eis te kunnen wijzigen of te vermeerderen, is daarom des te groter in hoger beroep. Doet hij dat niet, dan verliest eiser veelal zijn recht om dit meerdere van zijn gedaagde te vorderen. Een vordering uit dezelfde rechtsbetrekking dreigt immers te stranden op (een beroep op) het gezag van gewijsde. Meer in het algemeen gezegd, kan een eiser zijn vordering niet in delen aan de rechter voorleggen.²⁴

Wanneer eiser nu na memorie van grieven zijn eis wil wijzigen, loopt hij tegen het door de Hoge Raad geformuleerde beginsel aan. In een nieuwe procedure zal hij veelal niet-ontvankelijk worden verklaard, een veelal ongewenst gevolg van de nieuwe regel.

Belang beperkte uitleg

Het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt, dat een eiswijziging in beginsel bij memorie dient te geschieden, is geen aanwinst. Op basis van de wet mag de gedaagde bezwaar maken tegen de eisverandering of -vermeerdering op grond van strijd met de eisen van een

goede procesorde, en mag de rechter dit ook ambtshalve doen. Hiermee wordt het belang van gedaagde voldoende gediend.²⁵ Het uitgangspunt van de Hoge Raad houdt onvoldoende rekening met de belangen van eiser en strookt niet met de maatstaf neergelegd in art. 130 lid 1 Rv.

De huidige praktijk, waarbij bezwaren van de gedaagde tegen de eiswijziging of eisvermeerdering op grond van strijd met de goede procesorde veelal door de rechter worden verworpen,²⁶ moet na dit arrest van de Hoge Raad (in hoger beroep) niet rigoureuus worden gewijzigd. De overwegingen van de Hoge Raad kunnen beter aldus worden begrepen dat de eiser zijn kruik bij memorie niet droog moet houden. Eiser dient 'tijdig', dat wil zeggen: zodra hij geacht kan worden met deze (nieuwe) gegevens bekend te zijn, de (grondslag van de) eis te wijzigen. Het criterium 'strijd met een goede procesorde' biedt de (appèl)rechter voldoende beslissingsruimte een tardief voorgedragen eiswijziging buiten de inhoudelijke beoordeling te laten.

21 Zie hiervoor onder noot 15.
22 HR 14 oktober 1988, NJ 1989, 413, m.nt. JBMV, HR 18 september 1992, NJ 1992, 747.

23 HR 19 januari 1979, NJ 1980, 124 (WHH).
24 Aldus zou gedaagde immers telkens moeten opkomen en verweer voeren.

25 Bovendien: wordt de eiswijziging toegestaan, dan krijgt gedaagde de gelegenheid om zich tegen de gewijzigde eis inhoudelijk te verweren. HR 8 september 1989, NJ 1990, 390 (JBMV).
26 Een eiswijziging teneinde een andere beslissing te verkrijgen heeft te gelden als een middel in de zin van art. 343 jo 347 Rv. Een eiswijziging die als een 'middel' moet worden aangemerkt, dient uiteraard steeds uiterlijk bij memorie te worden voorgedragen.