JIN 2010/788 14 september 2010 Hof Amsterdam

Rubriek:	Civiel recht
Vindplaats:	2010/788
Instantie:	Hof Amsterdam
Datum:	14 september 2010
Rolnr:	200.068.786/01, BN7446
College:	Mr. Los Mr. Smit Mr. Van der Kwaak
Auteur noot:	Wolf
Trefwoorden:	Appeldagvaarding. Verzuim inschrijving ter rolle. Geldig herstelexploot?
Essentie:	Gelet op het feit dat de eerste appeldagvaarding niet is ingeschreven en binnen veertien dagen na de aangezegde rechtsdag opnieuw is opgeroepen, moest het redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat het tweede exploot ertoe strekte het verzuim van niet-tijdige inschrijving te herstellen, ook al bevatte dit exploot niet de vermelding dat het verzuim van inschrijving wordt hersteld, noch de instandhouding van de eerste dagvaarding.
Rechtsbron(nen):	Rv art 125 lid 4
Eiser:	1. [Appellante 1], 2. [Appellant 2], appellanten, advocaat: mr. G.A. Nandoe Tewarie, te Den Haag, *tegen*
Gedaagde:	[Geïntimeerde], te Amsterdam, geïntimeerde, advocaat: mr. L.I. Boes, te Amsterdam.

Samenvatting
Dit tussenarrest gaat over twee appeldagvaardingen. De eerste appeldagvaarding is voor het verstrijken van de appeltermijn uitgebracht en niet tijdig ter griffie ingediend en op de rol ingeschreven. Na verstrijken van de appeltermijn, doch binnen veertien dagen na de oorspronkelijke eerstdienende dag, wordt opnieuw een exploot uitgebracht, waarbij aangezegd wordt dat in hoger beroep gekomen en opgeroepen wordt tegen een roldatum ter zitting te verschijnen. Dit exploot wordt wel tijdig ter griffie ingediend en op de rol ingeschreven. Het hof overweegt dat het tweede exploot niet de vermelding van het herstel van het verzuim van niet-tijdige inschrijving van de dagvaarding bevat, noch de mededeling dat de dagvaarding in stand werd gelaten. Echter, gelet op het feit dat de eerste dagvaarding niet is ingeschreven en binnen veertien dagen na de aangezegde rechtsdag opnieuw is opgeroepen, moest het redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat het tweede exploot ertoe strekte het verzuim van niet-tijdige inschrijving te herstellen, aldus het hof. Het hof ziet daarom geen reden appellanten niet-ontvankelijk te achten in hun beroep.

Noot:
1. Dit tussenarrest gaat over twee appeldagvaardingen. De eerste appeldagvaarding is voor het verstrijken van de appeltermijn uitgebracht en niet tijdig ter griffie ingediend en op de rol ingeschreven. Na verstrijken van de appeltermijn, doch binnen veertien dagen na de oorspronkelijke eerstdienende dag, wordt opnieuw een exploot uitgebracht, waarbij aangezegd wordt dat in hoger beroep gekomen en opgeroepen wordt tegen een roldatum ter zitting te verschijnen. Dit exploot wordt wel tijdig ter griffie ingediend en op de rol ingeschreven. Het hof heeft partijen bij rolbeschikking de gelegenheid gegeven zich uit te laten over de ontvankelijkheid van appellanten in appel. Het hof overweegt dat het tweede exploot niet de vermelding van het herstel van het verzuim van niet-tijdige inschrijving van de dagvaarding bevat, noch de mededeling dat de dagvaarding in stand werd gelaten. Echter, gelet op het feit dat de eerste

dagvaarding niet is ingeschreven en binnen veertien dagen na de aangezegde rechtsdag opnieuw is opgeroepen, moest het redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat het tweede exploot ertoe strekte het verzuim van niet-tijdige inschrijving te herstellen, aldus het hof. Het hof ziet daarom geen reden appellanten niet-ontvankelijk te achten in hun beroep.

2. Uit het arrest leid ik af dat in feite twee 'normale' appeldagvaardingen zijn uitgebracht. Het hof overweegt immers dat het tweede exploot niet de vermelding van het herstel van het verzuim van niet-tijdige inschrijving van de (eerste) dagvaarding bevat, noch de mededeling dat de (eerste) dagvaarding in stand werd gelaten. De vraag is dan of het tweede exploot als een geldig herstelexploot aan te merken is in de zin van art. 125 lid 4 Rv.

3. Het hof overweegt in dat verband dat het redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat het tweede exploot ertoe strekte het verzuim van niet-tijdige inschrijving te herstellen, omdat niet tijdig ingeschreven is en binnen veertien dagen een exploot is uitgebracht. De vraag is of deze overweging in cassatie zal stand houden, omdat het hof kennelijk niet heeft getoetst of sprake is van een geldig herstelexploot.

4. Uit HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 741 kan worden afgeleid dat als geldig herstelexploot moet worden beschouwd een herstelexploot waarbij gedaagde, met handhaving van de oorspronkelijke dagvaarding en met in achtneming van de dagvaardingstermijn, wordt opgeroepen tegen een nieuwe rechtsdag. Zie ook de conclusie A-G Wesseling-van Gent (sub 2.10) onder HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 32; HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 193; M. Ynzonides, & M. Koedoot, in: C.J.J.C. van Nispen, A.I.M. van Mierlo, & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* , Deventer: Kluwer 2010, p. 277, aant. 5 bij art. 125 Rv; W. Hugenholtz, & W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* , Den Haag: Elsevier Juridisch 2006, p. 61, nr. 59 en F.B. Bakels, A. Hammerstein, & E.M. Wesseling-van Gent, *Procesrecht* (Asser Procesrecht, deel 4), Deventer: Kluwer 2009, p. 69, nr. 74.

5. Uit HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 32 volgt dat voor de geldigheid van het herstelexploot niet nodig is dat het niet voldoen aan lid 2 van art. 125 Rv berust op een verzuim. In dat arrest was de oorzaak van het verzuim niet bekend. Het verzuim zelf lijkt ook niet relevant te zijn. In de rechtspraktijk komt het voor dat niet tijdig ingeschreven wordt, omdat partijen over een regeling aan het onderhandelen zijn. Lopen de onderhandelingen vlak na het verstrijken van de eerste roldatum alsnog stuk, dan wordt een herstelexploot uitgebracht.

6. Wat wel relevant is, is de vermelding in het herstelexploot dat de oorspronkelijke dagvaarding wordt gehandhaafd. In Rb. Breda 23 januari 1996, *NJ* 1996, 647 ging dat mis. Het tweede exploot was uitgebracht onder intrekking van het oorspronkelijke, zodat aan dat oorspronkelijke exploot iedere werking ontnomen was. Daarom was van een herstelexploot geen sprake. Het tweede exploot was uitgebracht na het verstrijken van de appeltermijn, zodat het geding op het moment van uitbrengen van dat exploot niet aanhangig was en niet-ontvankelijkheid volgde.

7. Ook in HR 25 januari 2008, *NJ* 2008, 67 en «JIN» 2008/224, m.nt. Janssen ging het om een herstelexploot dat is betekend onder intrekking van het eerste exploot. Ook in dat geval ging het mis, omdat het herstelexploot na het verstrijken van de cassatietermijn was uitgebracht, terwijl het niet noodzakelijk was een herstelexploot uit te brengen. In het eerste exploot was een onjuiste datum van het in cassatie bestreden arrest vermeld (het vermelde rolnummer was wel juist). De aanzegging van een nieuwe rechtsdag was daarom niet toegestaan. Het tweede exploot was uitgebracht voor de in het eerste exploot vermelde roldatum en strekte niet tot herstel van het verzuim van het niet-inschrijven op de rol. Daarom merkte de Hoge Raad het niet als een geldig herstelexploot in de zin van art. 125 lid 4 Rv aan.

8. Een recenter vergelijkbaar geval is dat van HR 26 februari 2010, LJN BL2246, «JIN» 2010/235. Er was een tweede exploot van dagvaarding uitgebracht voor de in het eerste exploot vermelde roldatum. Het eerste, tijdig uitgebrachte, exploot werd niet ingeschreven. De Hoge Raad merkte het tweede exploot niet aan als een herstelexploot in de zin van art. 120 lid 2 Rv (herstel van een gebrek in de dagvaarding dat met nietigheid wordt bedreigd). Het tweede exploot was uitgebracht na het verstrijken van de cassatietermijn, zodat niet-ontvankelijkheid volgde. Hoewel, mede blijkens de conclusie A-G bij dit arrest, het in feite ging om een art. 120 lid 2 Rv-situatie, voegde de Hoge Raad aan haar overweging (r.o. 3.2) niettemin ook toe dat het tweede exploot niet aan te merken was als een herstelexploot in de zin van art. 125 lid 4 Rv.

9. Het verschil tussen het onderhavige tussenarrest enerzijds en het vonnis van de Rechtbank Breda (*NJ* 1996, 647) en het arrest van de Hoge Raad (*NJ* 2008, 67) anderzijds is dat in onderhavig geval het in feite ging om twee 'normale' appeldagvaardingen zonder dat het eerste exploot van dagvaarding werd ingetrokken en evenmin was vermeld dat het eerste exploot gehandhaafd wordt.

10. Kennelijk heeft het hof in het tussenarrest inspiratie ontleend aan de conclusie A-G Wesseling-van Gent onder HR 25 januari 2008, *NJ* 2008, 67 (vanaf sub 2.19). Op grond van de wilsvertrouwensleer uit art. 3:33 en 3:35 j° art. 3:59 BW is het hof kennelijk tot haar overweging gekomen: "(...) moest het naar het oordeel van het hof redelijkerwijs duidelijk zijn geweest voor geïntimeerde dat het tweede exploot strekte

(...)". Wesseling-van Gent stelt in haar conclusie: "Ik meen evenwel dat, hoewel het procesrecht is gericht op het verwezenlijken van materiële aanspraken en als zodanig een dienende functie heeft, het te ver gaat om met een beroep op die functie elke fout of vergissing te redresseren en dat de in deze zaak gemaakte fouten voor risico van eiser dienen te blijven" en concludeerde tot niet-ontvankelijkverklaring. De Hoge Raad wijdde geen overweging aan de wilsvertrouwensleer en art. 3:59 BW, doch volgde de conclusie A-G.
11. Ik meen dan ook dat dit tussenarrest in cassatie geen stand zal houden. Het tweede exploot was na de eerstdienende dag en na het verstrijken van de appeltermijn uitgebracht. Op dat moment was het geding niet meer aanhangig. Indien het hof de wilsvertrouwensleer aan het arrest ten grondslag gelegd heeft, verdient het arrest nadere motivering.

R.A. Wolf

Uitspraak
Zie ook de uitspraak op rechtspraak.nl

Hof:

1. Het geding in hoger beroep
Bij exploot van 19 april 2010 hebben appellanten geïntimeerde aangezegd in hoger beroep te komen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 januari 2010 (zaak-/rolnummer 428662/HA ZA 09-1640) met dagvaarding van geïntimeerde voor dit hof tegen de roldatum 25 mei 2010. Het exploot is niet (tijdig) ter griffie ingediend, zodat de zaak niet op de rol van 25 mei 2010 is ingeschreven.
Bij exploot van 01 juni 2010 hebben appellanten geïntimeerde opnieuw aangezegd in hoger beroep te komen van het bovengenoemde vonnis, met dagvaarding van geïntimeerde voor dit hof tegen de roldatum 22 juni 2010. Het exploot is tijdig ter griffie ingediend en de zaak is ingeschreven op de rol van 22 juni 2010.
Bij rolbeslissing van 22 juni 2010 zijn appellanten in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over hun ontvankelijkheid in hoger beroep.
Appellanten hebben een akte genomen.
Geïntimeerde heeft bij akte geantwoord.
Arrest is bepaald op heden.

2. Ontvankelijkheid
2.1 De oorspronkelijke dagvaarding is niet tijdig ter griffie van het hof ingediend. Voor herstel van dat verzuim was vereist een nieuwe oproeping van geïntimeerde binnen veertien dagen na de aangezegde roldatum 25 mei 2010, onder aanzegging van een nieuwe roldatum.
2.2 Appellanten hebben geïntimeerden binnen veertien dagen na 25 mei 2010 opnieuw opgeroepen tegen de nieuwe roldatum 22 juni 2010. Het tweede exploot bevat niet de vermelding van het herstel van het verzuim van niet-tijdige inschrijving van de dagvaarding, noch de mededeling dat de dagvaarding in stand werd gelaten. Echter, gelet op het feit dat de dagvaarding niet is ingeschreven en geïntimeerde binnen veertien dagen na de aangezegde rechtsdag opnieuw is opgeroepen, moest het naar het oordeel van het hof voor geïntimeerde redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat het tweede exploot ertoe strekte het verzuim van niet-tijdige inschrijving te herstellen.
Het hof ziet daarom geen reden appellanten niet-ontvankelijk te achten in hun beroep.
2.3 Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen voor memorie van grieven. Elke verdere beslissing zal het hof aanhouden.

3. Beslissing
Het hof:
verwijst de zaak naar de rol van 2 november 2010 voor memorie van grieven;
houdt elke verdere beslissing aan.