Onsplitsbaarheid

Preadvies van Prof. mr. W. L. Haardt

INHOUD

I Inleiding 281
II De onsplitsbaarheid en de exeptio plurium litisconsortium . . . 283
III De onsplitsbaarheid en de bevoegdheids- en beroepbaarheids-grenzen 291
IV De onsplitsbaarheid en de eis in reconventie resp. het incidenteel appel 293
V De onsplitsbaarheid en de onbevoegdheid van getuigen 296
VI Slotbeschouwing 299

Bijlagen:

I Artikelen uit het Belgisch Gerechtelijk Wetboek 301
II Artikelen uit de Duitse Zivilprozessordnung 303
III Order 15, nos. 4, 5 en 6 van de 'Rules of The Supreme Court' (Revision) 1965 304

I. INLEIDING

1. Het opschrift boven dit preadvies verdient nadere toelichting. Het onderwerp dat ter beoordeling was gesteld, luidde oorspronkelijk: 'De ondeelbaarheid in het burgerlijk proces'. In onze rechtsliteratuur wordt wel van 'ondeelbaarheid in processuele zin' gesproken[1] wanneer – en nu volgt een formulering van de Hoge Raad in een groot aantal arresten die in dit preadvies zullen worden besproken – 'het geding een rechtsverhouding tot onderwerp heeft, waarover de rechter niet anders kan beslissen dan in één geding, gevoerd tussen alle betrokkenen, omdat het rechtens noodzakelijk is, dat de beslissing ten opzichte van alle partijen luidt in éénzelfde zin'. Ook in het materiële recht wordt van ondeelbaarheid gesproken, en wel van verbintenissen (art. 1332 e.v BW). De term 'onsplitsbaarheid' kennen wij, bij mijn weten, alleen bij de bekentenis (art. 1961 BW), waar hij overigens bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht zal verdwijnen. Toch heb ik mij maar gevoegd naar mijn Belgische mede-preadviseurs, niet alleen omdat zij het opschrift 'Onsplitsbaarheid' hebben medegegeven aan hun – eerder gereedgekomen – preadvies, maar ook als blijk van hulde jegens hun nieuw 'Gerechtelijk Wetboek', waarin de term in art. 31 wordt ingevoerd en omschreven (de Franse tekst spreekt van 'indivisible') en waarin gevolgen van de onsplitsbaarheid worden geregeld bij het verstek (art. 753), het hoger beroep (art. 1053), de voorziening in cassatie (art. 1084) en de herroeping van het gewijsde (art. 1135, ons request-civiel).[2]

Tenslotte is het begrip 'splitsen' ook in ons procesrecht niet geheel onbekend: de rechter kan soms een eis in reconventie 'splitsen' van die in conventie, en soms moet hij dat doen (art. 252 Rv.).

2. In heel veel gevallen gaat het in een proces niet om een rechtsbetrekking tussen een eiser en een gedaagde, in geschil. Dikwijls dagvaardt

1. C. D. van B(oeschoten) in een annotatie in 'De Rechtskundige Adviseur en De Praktijkgids, 1959, blz. 6-8; D. J. V(eegens) in een noot onder HR 13 mei 1966, NJ 1967 nr. 221; zie ook reeds diens Cassatie in Burgerlijke Zaken nr. 39.
2. Ter vergemakkelijking van de kennisneming heb ik de tekst dezer artikelen als Bijlage I aan dit preadvies toegevoegd.

een eiser meer dan een gedaagde, meer dan een eiser een gedaagde of zelfs meer dan een eiser meer dan een gedaagde. Men spreekt dan van subjectieve cumulatie, hoewel in die gevallen niet altijd van eigenlijke cumulatie van vorderingen sprake behoeft te zijn. Maar ook een eiser kan tegen een gedaagde bij een dagvaarding meer dan een vordering instellen. Men spreekt dan van objectieve cumulatie, niet altijd een cumulatie van vorderingen.

Voorbeelden van subjectieve cumulatie: een aantal personen van wie terzake van een erfopvolging successierecht is geheven, vorderen tegen de Staat bij een dagvaarding het teveel betaalde terug; mede-eigenaars van een erf treden op ter handhaving van een ten bate van dat erf gevestigd servituut; de beide curatoren in een faillisement spreken een onwettige debiteur van de gefailleerde aan tot voldoening van diens schuld; een octrooihouder vordert in kort geding staking van inbreuk makende handelingen jegens de fabrikant van het gewraakte produkt en diens wederverkoper; een verkeersslachtoffer spreekt de chauffeur aan van de bestelauto die het ongeluk veroorzaakte en diens werkgever.

Voorbeelden van objectieve cumulatie: een merkhouder vordert schadevergoeding wegens inbreuk op zijn merk en stopzetting der inbreuk makende handelingen; een vrouw vordert echtscheiding en uitkering tot onderhoud.

Cumulatie kan ook in de loop van het geding optreden: door voeging of tussenkomst (art. 285 e.v. Rv.) kan het aantal der gedingvoerenden worden uitgebreid, evenzo door schorsing en hervatting door erfgenamen van een overleden partij (artt. 254 e.v. Rv.). Door vermeerdering van de eis kan een nieuwe vordering worden toegevoegd (art. 134 Rv.) en ook bij uitbreiding van het geding met een eis in reconventie (artt. 250 e.v. Rv.) zou men in ruime zin van een later in het geding optredende cumulatie van vorderingen kunnen spreken. Een evenzeer bij een vordering in vrijwaring of bij een voeging wegens aanhangigheid of verknochtheid (art. 159 Rv.).

3. Het ligt voor de hand dat al deze gevallen van cumulatie niet over een kam mogen worden geschoren. Toch hebben zij een ding gemeen: tussen de verschillende vorderingen, of de aspecten van één vordering, of de beslissingen die van de rechter verlangd worden is een zekere samenhang, die het uit een oogpunt van proces-economie van voordeel doet zijn, of wenselijk of zelfs geboden doet zijn alles in één geding bijeen te brengen en in één uitspraak samen te vatten. Tegenstrijdige beslissingen worden aldus vermeden, kosten en tijd bespaard, bewijsvoering vergemakkelijkt, met een advocaat of een procureur kan worden volstaan, en zo meer. Soms is die samenhang zó gering dat de voordelen niet tegen de nadelen opwegen, of ontbreekt die samenhang; cumulatie kan dan ongeoorloofd

zijn. Soms is die samenhang zó sterk, dat cumulatie verplicht is of een eenmaal verkozen cumulatie niet meer verbroken kan worden: dan doet zich voor wat wij nu verder maar 'onsplitsbaarheid' zullen noemen.

Het zal na het voorafgaande duidelijk zijn, dat de vraag der al-of-niet-onsplitsbaarheid zich in gevallen van zeer uiteenlopende soort voordoet en dat zij vele aspecten heeft. Ook betreden wij een in de Nederlandse literatuur nimmer als een geheel behandeld gebied, waar nog veel onontgonnen terrein ligt[1] en waar de wetgever slechts zeer incidenteel de weg wijst.

Dit preadvies heeft niet de pretentie die lacune te vullen; ik meen mij te moeten beperken in hoofdzaak tot die punten welke de Belgische wetgever thans heeft geregeld en tot die waarvoor de Nederlandse wet of de Nederlandse rechtspraak reeds bepaalde oplossingen aan de hand heeft gedaan. Aldus wordt ook het deel van dit preadvies beter gediend, een rechtsvergelijkende discussie over het recht in België en Nederland te vergemakkelijken.

II. DE ONSPLITSBAARHEID EN DE EXCEPTIO PLURIUM LITISCONSORTIUM

4. Daar – zoals gezegd – de Nederlandse wetgever in gebreke is gebleven algemene regels te geven voor de gevallen waarin cumulatie verplicht (ofwel ongeoorloofd) is, hebben zich in de rechtspraak criteria moeten ontwikkelen. In het bijzonder is dit het geval geweest ten aanzien van de vraag of subjectieve cumulatie in een bepaald geval verplicht is, m.a.w. of ten onrechte naast de gedagvaarde verweerder een of meer anderen niet zijn medegedagvaard, c.q. ten onrechte naast de dagvaardende eiser een of meer andere niet mede hebben gedagvaard; het dan gevoerde verweer, meestal genoemd de 'exceptio plurium litisconsortium' moet, indien het slaagt, tot niet-ontvankelijkheid leiden, hetgeen vooral spijtig is als de vraag zich voordoet in hoger beroep of in het algemeen bij het aanwenden van een rechtsmiddel: de termijn om een nieuwe dagvaarding uit te brengen is inmiddels verstreken. De meeste uitspraken van de Hoge Raad betreffen dan ook deze gevallen, ook omdat dikwijls niet alle mede-

1. Diepgravend, maar niet meer 'up-to-date': Cleveringa, Cumulatie van Rechtsvorderingen, in Bundel-Van Oven, 1946, blz. 84 e.v.; Rutten, De Devolutieve werking van het Appel, ac. pr. Nijmegen, 1945, i.h.b. blz. 24-46 en artikelen in R. M. Themis 1941, blz. 35, 1948, blz. 92 en NJB 1944/45, blz. 163.; zie ook Veegens, Cassatie, nr. 39 en in annotaties op nog te bespreken arresten; Star Busmann, Hoofdstukken, nrs. 128-132 en Meyer, Burg. Rechtsvordering (losbladige uitgave Kluwer), aant. 9 op art. 332.

eisers of mede-gedaagden die in het ongelijk werden gesteld zich van een rechtsmiddel willen bedienen.

Een duidelijk voorbeeld biedt het eerste arrest waarin bij mijn weten de Hoge Raad het door mij reeds in no. 1 aangehaalde criterium bezigde: HR 9 december 1938, NJ 1939 nr. 714 (P.S.). De erven Demmendaal, van oordeel dat een door de erflater verrichte cessie van zijn vordering op Van Deventer aan Braat een schijnhandeling was, dagvaardden zowel Braat als Van Deventer en vorderden een verklaring voor recht, dat zij nog de gerechtigden waren, veroordeling van Braat tot afgifte van de grosse dier vordering en van Van Deventer tot betaling der vervallen rente. De Rechtbank wees de vorderingen toe, nadat Braat verweer had gevoerd en Van Deventer zich had gerefereerd. Alleen Braat kwam in appel, zonder Van Deventer in het geding te roepen. Het arrest waarbij het Hof de niet-ontvankelijkheid van Braat uitsprak, werd door de Hoge Raad gecasseerd; de eerste overweging luidde:

'dat al steunt zowel de aanspraak van partijen Demmendaal tegen Van Deventer, als haar aanspraak tegen Braat op de stelling, dat de hypothecaire vordering ten laste van Van Deventer slechts in schijn is overgedragen aan Braat, haar vorderingen *niet tot voorwerp hebben een rechtsverhouding, waaraan de rechter niet anders kan beslissen dan in één geding, gevoerd tegen Van Deventer en Braat tezamen, omdat het rechtens noodzakelijk zou zijn, dat de beslissing tegen beiden luidt in eenzelfde zin*'

De Hoge Raad overweegt nog verder dat de omstandigheid dat de vorderingen bij één dagvaarding aanhangig waren gemaakt hun *materiële zelfstandigheid* onverlet liet, de veroordeling jegens Braat raakte Van Deventer niet, en omgekeerd, en Braat, van eerstgenoemde veroordeling in appel komend, hoefde niet alleen Van Deventer niet mede in het appel te betrekken, maar kón het zelfs niet.[1]

5. De formule uit het arrest van 9 december 1938 keert daarna telkens weer in uitspraken van de Hoge Raad terug. Om er hierna gemakkelijker naar te kunnen verwijzen nummer ik ze 2, 3 enz.

2 HR 12 juni 1943, NJ 1943 nr. 197
3 HR 23 december 1943, NJ 1944/45 nr. 164
4 HR 14 april 1944, NJ 1944/45 nr. 317
5 HR 28 juni 1946, NJ 1946 nr. 547 (D.J.V.)
6 HR 14 februari 1947, NJ 1947 nr. 1 (D.J.V.)
7 HR 30 mei 1952, NJ 1953 nr. 74
8 HR 21 november 1952, NJ 1953 nr. 468 (D.J.V.)
9 HR 25 februari 1955, NJ 1955 nr. 261 (L.E.H.R.)

1. Een zwak punt in de redenering van de Hoge Raad lijkt mij dat daarbij de gevorderde verklaring voor recht onder de tafel gevallen is: ging die niet zowel Braat als Van Deventer aan en moest die niet jegens beiden luiden in één zin?

10 HR 5 januari 1962, NJ 1962 nr. 141
11 HR 13 mei 1966, NJ 1967 nr. 221 (D.J.V.)

De nummers 9 en 11 vermeld ik hier, hoewel de formule alleen in het cassatiemiddel voorkomt, niet in de overwegingen van de Hoge Raad: wij zullen zien, dat en waarom de HR hier de onsplitsbaarheid een ander fundament gaf.

Bestudering van de arresten – lezenswaard zijn ook de annotaties van Veegens en Rutten en de conclusie van de A.-G. Eggens bij nummer 8 – doet zien dat de Hoge Raad niet, wat men na het arrest van 9 december 1938 zou verwachten, tot de conclusie komt dat niet mede-procederen van allen die in de vorige instantie partij waren, tot niet-ontvankelijkheid leidt als de formule van toepassing is, maar tot de leer, dat in dat geval een verweer gevoerd, of een beroep ingesteld door een der partijen rechtsgevolg wordt toegekend ook ten opzichte van de niet-verder-procederenden en het in vorige instantie gewezen vonnis ook jegens hen geen kracht van gewijsde krijgt. De Hoge Raad motiveert deze leer, door Veegens in zijn noot onder nummer 8, gedoopt als 'ius recursus extensum', met het recht dat iedere veroordeelde toekomt om gebruik te maken van de mogelijkheid tot hogere voorziening ongeacht de houding van hen die mede werden veroordeeld. Hoewel de leer bestrijding heeft gevonden[1], en door de Gerechtshoven niet altijd in acht wordt genomen, is zij, na een eerste aanloop in de arresten nummers 2 en 3, vaster gefundeerd in die der nummers 8, 9 en 10. Zij komt er in ieder geval op neer dat tegenstrijdige beslissingen op een voor de verder-procederenden minder hardhandige manier worden voorkomen dan door een niet-ontvankelijkverklaring.

6. Toch is het voor mij de vraag, of men met Veegens[2] mag aannemen dat hiermede 'de beruchte exceptie voor de hogere voorziening voor goed dood en begraven' is. Eggens maakte in zijn conclusie onder nummer 8 reeds een voorbehoud: de proces-handelingen van de niet verder procederende 'leden der proces-partij' hebben werking tegenover de overige leden voorzover althans die handelingen ten voordele en niet ten nadele van die overige leden kunnen strekken. De Hoge Raad heeft bij mijn weten nog niet beslist dat de exceptie ook verworpen moet worden als de oorspronkelijke eiser, in het ongelijk gesteld, jegens meer dan één gedaagde in een proces waarop de formule van toepassing is, verzuimt alle gedaagden in het appel te betrekken, een appel, dat – al of niet door de proceshandelingen der wèl in het geding geroepenen – zeer wel ten

1. Rutten, t.a.p. en, reeds voordat de leer werd geformuleerd; Meijers, WPNR no. 2733 onder HR 4 februari 1921, W 10704 (S.B.), NJ 1921, blz. 411.
2. Cassatie, nr. 39 (slot).

nadele van de niet-mee-procederenden kan strekken. Hier heeft de exceptie nog wel zin, al is de sanctie, zoals gezegd, hardhandig.[1]

Wel heeft de Hoge Raad tweemaal, met vernietiging van het arrest van het Hof, geoordeeld dat de exceptie moest worden verworpen ook al dreigde er nadeel voor de niet-verder-procederende, maar toen betrof het processen waar de formule niet op van toepassing was, gevallen dus van materiële zelfstandigheid der vorderingen. In het eerste geval, boven onder 5 aangehaald onder nummer 7 hadden – ik volg de geschematiseerde voorstelling van Veegens, in zijn noot onder het tweede geval – twee eisers, A., subs. B. alternatief een vordering geldend gemaakt tegen X. Na toewijzing van de eis van A kwam X in hoger beroep zonder B daarin te betrekken, wat het Hof onjuist achtte omdat het daardoor bij slagen van het appel niet meer de subsidiaire vordering van B in de uitspraak kon betrekken. In het tweede geval[2] had A tegen X, subs. tegen Y vorderingen, gegrond op verschillende rechtsverhoudingen, ingesteld. Wederom had de in het ongelijk gestelde X alleen tegen A geappelleerd, wat het Hof ontoelaatbaar achtte, de Hoge Raad echter niet. Ditmaal gaf de Hoge Raad ook aan, hoe A, resp. Y hadden kunnen handelen om hun geschillen in volle omvang aan de appelrechter voor te leggen; A had hetzij zelf – desnoods voorlopig – van het vonnis voorzover tussen hem en Y gewezen in hoger beroep kunnen gaan, hetzij Y van het door X ingestelde hoger beroep in kennis kunnen stellen, waardoor Y gelegenheid kreeg om voeging of tussenkomst te vorderen overeenkomstig art. 285 Rv.

In het arrest, boven onder 5 aangehaald, onder nummer 10 toonde de Hoge Raad zich ook niet gevoelig voor het argument dat, indien de eis van A tegen X is ontzegd en tegen Y is toegewezen, een appel van Y waarbij X niet in het geding wordt geroepen, aan A de mogelijkheid ontneemt om incidenteel te appelleren van het vonnis voorzover tegen X gewezen. De Hoge Raad oordeelde zelfs, dat ook indien X mede in het geding was geroepen, A jegens hem slechts principiaal en niet meer incidenteel beroep had kunnen instellen.

7. Ook in eerste aanleg is de exceptie plurium litisconsortium door de rechtspraak van de Hoge Raad tot een kleiner gebied teruggebracht dan men zou denken; ook hier is de sanctie der niet-ontvankelijkheid onaangenaam, zij het in mindere mate, daar men bijna altijd een nieuw proces kan beginnen waarbij men de eerst ontbrekende partijen in het geding roept.

Het valt op, dat de Hoge Raad in twee arresten, waarin de exceptio plurium litisconsortium in eerste aanleg genade kon vinden, niet eens de

1. Hof Amsterdam 19 november 1964, NJ 1965, nr. 315. Als in de tekst ook Meyjes, t.a.p. (blz. 760 k).
2. HR 21 juni 1968, NJ 1968 no. 315 (D.J.V.).

vaste, sinds 1938 in zwang gekomen formule bezigde. Toen een weduwe als erfgename van haar overleden echtgenoot tegen haar zoon en enige mede-erfgenaam primair een vordering instelde tot nietigverklaring der huwelijksvoorwaarden en verklaring voor recht dat haar huwelijk was gesloten in algehele gemeenschap van goederen, daartoe aanvoerende dat wijlen haar man tijdens het verlijden der akte wegens zwakheid van vermogens onder curatele stond en de bijstand van curator of toeziend curator had ontbroken, werd alleen de subsidiaire vordering tegen de zoon om met haar over te gaan tot scheiding en deling toegewezen. Hierover waren Rechtbank, Hof en Hoge Raad het eens, maar de motivering liep nogal uiteen. Het Hof meende nog dat de vordering tot nietigverklaring der huwelijksvoorwaarden die voor de dood van de man alleen door of namens hem kon worden ingesteld, na zijn dood ook wel door één erfgenaam kon worden geldend gemaakt, maar juist niet door de weduwe alléén, die immers bij die vordering de tegenpartij moest zijn. De Hoge Raad[1] oordeelde dat de vordering tot nietigverklaring van de huwelijkse voorwaarden waaronder de erflater was gehuwd, de strekking heeft een ondeelbare rechtsverhouding, waarbij alle erfgenamen betrokken zijn, in haar geheel te wijzigen en zij dus de rechten van elk der mede-erfgenamen raakt; daarom komt die vordering slechts aan de gezamenlijke erfgenamen toe, en niet aan één hunner, ook niet tegen een erfgenaam.

Het tweede arrest waarop ik doelde – boven onder 5. reeds genoemd onder no. 11 betrof een geval waarin de exceptie slaagde omdat de eiseresse slechts twee van de vier erfgenamen, van een volgens haar tot rekening en verantwoording verplichte, tot het afleggen daarvan had gedagvaard. Het Hof onderschreef althans ten aanzien van de voorafgaande beslissing of het gestelde beheer van de erflater en alzo diens rekenplicht terecht betwist werd, de opvatting der rechtbank dat daarop de geijkte formule van toepassing was. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, maar bezigde een op dit geval toegespitste redenering:

> dat voor erfgenamen aan het doen van rekening van een door hun erflater gevoerd beheer, als verantwoording van niet door hen zelf, maar door de erflater gedane verrichtingen, bijzondere moeilijkheden verbonden kunnen zijn als gevolg van onbekendheid met die verrichtingen, van de onmogelijkheid van het verkrijgen van inlichtingen daaromtrent, van degeen wiens verrichtingen het betreft, en van het niet beschikken over schriftelijke gegevens daaromtrent;
>
> dat deze moeilijkheden in vele gevallen slechts door samenvoeging van de gegevens waarover ieder der erfgenamen afzonderlijk beschikt, kunnen worden opgelost;
>
> dat op grond van deze bijzondere aard van de verplichting tot het

1. HR 11 februari 1943, NJ 1943 nr. 197.

doen van rekening over een door hun erflater gevoerd beheer en de onderlinge verhouding van de erfgenamen te dien aanzien, een erfgenaam in redelijkheid kan verlangen dat nakoming van die verplichting in rechte van alle erfgenamen gezamenlijk gevorderd wordt en daardoor allen gezamenlijk tot de voor die nakoming vereiste medewerking gedwongen worden;

In een derde arrest, gewezen tussen de beide vorige en reeds genoemd onder 5 onder nummer 5, was ook al sprake van praejudiciële geschilpunten. Enige erfgenamen hadden enige andere erfgenamen gedagvaard om met hen en de verdere gerechtigden (die niet waren mede-gedagvaard) over te gaan tot scheiding en deling der nalatenschap. De exceptie slaagde niet; de Hoge Raad paste de formule toe en oordeelde, dat de rechtsvordering die alleen strekt om de wederpartij te nopen tot boedelscheiding mede te werken, daar niet onder viel; dit zou echter wel het geval hebben kunnen zijn als daarbij tevens 'zekere prejudiciële geschilpunten' aan de rechter ter beslissing waren voorgelegd, zoals bijvoorbeeld de beslissing vooraf, welke personen tot de nalatenschap geroepen waren. Dat een boedelscheiding slechts door de gezamenlijke erven tot stand kan worden gebracht, brengt niet mede dat een erfgenaam in een geding waarin niet alle erven partij zijn, niet veroordeeld zou kunnen worden om met hen die wel, *en die niet partij waren* over te gaan tot scheiding en deling.

Soms zegt de wet, dat men in eerste aanleg meer dan één wederpartij moet dagvaarden. Art. 456 WvB Rv. bepaalt, dat wie eigenaar beweert te zijn van in beslag genomen goederen, zich tegen de verkoop kan verzetten door dagvaarding van de beslaglegger én de beslagene, alles op straffe van nietigheid. De sanctie is hier nietigheid der dagvaarding, niet niet-ontvankelijkheid. Of op deze wettelijk voorgeschreven subjectieve cumulatie de onsplitsbaarheidsformule van de Hoge Raad van toepassing is betwijfel ik. Wel zou ik menen dat na afwijzing der vordering een hogere voorziening weer tegen beide gedaagden moet worden ingesteld. Na toewijzing mag echter ieder hunner in appel gaan, zonder verplichting de ander in het geding te roepen.[1]

Andere voorbeelden vindt men in art. 1.199 en 226 BW, de vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind, door de man te richten tegen de moeder en tevens tegen het kind, en sommige vorderingen tot vernietiging van een erkenning, te richten tegen de man die erkende en tevens tegen het kind. Ten aanzien van de eerste vordering had het oude BW in art. 315 een afwijkende regeling in zoverre als de moeder alleen behoorlijk in het geding moet worden geroepen. Het was in zulk een geval, dat de Hoge Raad in een der reeds onder 5 genoemde arresten – onder no. 9 – besliste, dat de moeder bij toewijzing van de eis in hoger

1. Op dit laatste punt anders Jansen bij Kluwer (losbladige uitgave Burg. Rechtsvordering, aant. 4 op art. 456).

beroep kan gaan en alsdan de bijzondere voogd niet mede in het geding hoeft te betrekken: mede ten opzichte van derden moet aan haar verweer rechtsgevolg worden toegekend (ius recursus extensum); de geijkte formule gebruikte de Hoge Raad ook hier niet, wellicht niet omdat de positie van de moeder toen – anders dan nu – niet die van een volwaardige 'partij' was.

8. Overziet men de hier weergegeven rechtspraak, dan kan het gemak waarmede de Hoge Raad toestaat dat partijen voor wie de afloop van het geding toch soms van het grootste belang is (verder) buiten het geding gelaten worden, weinig bevrediging schenken; er is wel eens wat denkacrobatiek voor nodig om te aanvaarden, dat de beslissing hen niet (meer) raakt. 'Het te ver doorvoeren van de regel, dat het vonnis alleen partijen bindt, is niet bevorderlijk voor het aanzien van de rechterlijke macht', aldus Veegens[1]. Ook het – wederom tot uitzonderingsgevallen beperkte – correctief van het 'ius recursus extensum' doet wat geforceerd aan en zal in zijn toepassingen nog wel eens moeilijkheden opleveren. De telkens weer blijkende tegenzin van de feitelijke rechter om de leer van de Hoge Raad te volgen, is niet geheel onbegrijpelijk; misschien is 'zijn vermogen tot relativerend denken onvoldoende ontwikkeld'.[2]

Het zal langzamerhand duidelijk zijn geworden, waar de sleutel ligt om tot aanvaardbaarder oplossingen te komen; de wetgever zal het mogelijk moeten maken, dat een derde die aanvankelijk niet als medeeiser of mede-gedaagde optrad, en wiens deelneming aan het geding noodzakelijk of gewenst is, alsnog in het geding wordt geroepen en tot deelneming genoodzaakt. In ons recht is dat alleen mogelijk langs de weg van de oproeping in vrijwaring, die dikwijls daartoe niet deugt en in appel ook niet meer gevolgd kan worden. Voeging en tussenkomst – waar de Hoge Raad op wees in zijn boven besproken arrest van 21 juni 1968 – kan slechts geschieden op vrijwillige basis, en dan nog niet eens in alle gevallen waarin deelneming toch wel wenselijk zou zijn. 'Gedwongen deelneming' is reeds in 1952 bepleit door K. Wiersma[3]; ik moge hier verwijzen naar zijn nog steeds lezenwaardige artikel waaruit tevens blijkt dat het vraagstuk nog tal van facetten heeft die het bestek van dit preadvies te buiten gaan. Voldoende zij het hier vast te stellen, dat de exceptio plurium litisconsortium alsdan op een meer constructieve wijze wordt uitgebannen dan door de huiver voor het uitspreken van een nietontvankelijkheid; en dat de rechter bij het toestaan van de oproep tot gedwongen deelneming een ruimer criterium zou kunnen toepassen dan

1. Annotatie op het onder 7 besproken arrest van 13 mei 1966, NJ 1967 nr. 221.
2. De woordkeus is ontleend aan de in de vorige noot genoemde annotatie van Veegens.
3. Rechtskundige opstellen aangeboden aan Prof. R. P. Cleveringa, Zwolle 1952, blz. 391 e.v.

het wel zeer enge der 'onsplitsbaarheid' als door de Hoge Raad geformuleerd. Wellicht zou het voldoende geacht kunnen worden dat de rechten of verplichtingen van de derde door de beslissing in het geschil zodanig kunnen worden beïnvloed, dat redenen van doelmatigheid een gelijktijdige vaststelling van die rechten of verplichtingen vereisen. Aansluiting kan worden gezocht bij de rechtspraak over de gevallen waarin cumulatie van vorderingen ongeoorloofd is[1] en over de eis der 'verknochtheid' in de artikelen 158 en 159 Rv.

9. Nog even een blik naar het buitenland voor wij van de exceptio plurium litisconsortium afstappen.

In België is de materie nu uiteindelijk geregeld in de reeds genoemde in de Bijlage I weergegeven artikelen 31, 753, 1053, 1084 en 1135 van het nieuwe Gerechtelijk Wetboek. Is er sprake van een onsplitsbaar geschil als in eerstgenoemd artikel, dan vindt men in de andere artikelen geregeld wie bij aanwending van een rechtsmiddel in het geding moeten worden geroepen en in welk stadium en tevens welke sanctie op het niet in achtnemen dier voorschriften staat. Het valt daarbij op, dat van het alsnog oproepen van bij de dagvaarding nog niet opgeroepen partijen ruimschoots gebruik kan worden gemaakt. De gehele materie heeft in België een andere ontwikkeling gehad omdat men daar de gedwongen tussenkomst reeds kende en nu trouwens ook in artikel 16 van het Gerechtelijk Wetboek heeft verankerd.[2]

In Duitsland kent de Zivilprozessordnung in de par. 59-63 voorschriften over 'Streitgenossenschaft', die ik voor het gemak van de lezer als Bijlage II heb toegevoegd. Ons oog valt daarbij vooral op par. 62 over de 'notwendige Streitgenossenschaft', in de tekst waarvan men wellicht de oorsprong kan zien van de door onze Hoge Raad sinds 1938 voor de onsplitsbaarheid gebezigde formule; althans in het eerste gedeelte 'kann das Streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlicht festgestellt werden . . .'; onder het tweede gedeelte '. . . oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige . . .' worden, als ik het goed zie, vele gevallen gebracht waarin de Hoge Raad vóór 1938[3] en onze lagere rechters ook nadien de exceptio nog wel plachten te aanvaarden, omdat een beslissing van het geschil t.o.v. niet in het geding geroepenen een wijziging in de materiële rechts-

1. HR 12 januari 1939 NJ 1939 nr. 915.
2. Elders (Bijblad Industriële Eigendom 1970, blz. 306) wees ik erop dat dientengevolge de merkinbreukactie onder de Eenvormige Benelux-Merkenwet voor de Nederlandse rechter een geheel andere wending kan nemen dan voor zijn Belgische collega.
3. H.R. 4 februari 1921 W 10704 (S.B.), NJ 1921, blz. 411, WPNR 2733 (E.M.M.); HR 8 maart 1934 W 12755 (S.B.), NJ 1934, blz. 1029 (E.M.M.) en 15 mei 1936, NJ 1936 nr. 955 (E.M.M.).

verhoudingen zou meebrengen of hun recht zou aantasten.[1] Hoe dit ook zij, ook in Duitsland behoefde de vrees voor een niet-ontvankelijkheid geen rol te spelen; een niet verschijnen door één der procespartijen leidt niet tot verstek verlening (vgl. ons art. 79 lid 2 Rv.) en een niet inachtnemen van een termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel betekent ook voor hen dat kracht van gewijsde niet intreedt, zij kunnen altijd alsnog bij het proces betrokken worden door 'Streitverkündung' (par. 72); men komt de termen 'Klage-erweiterung' en 'nachträgliche Klagenhaüfung' tegen.[2]

In *Frankrijk* heeft de theorie en de praktijk, zonder dat de wetgever steun bood, ongeveer de resultaten weten te bereiken, die men in België in het nieuwe Gerechtelijk Wetboek heeft neergelegd. Men kent de 'indivisibilité' een soort van 'connexité renforcée': het is dan niet slechts wenselijk, maar noodzakelijk de vorderingen gezamenlijk te behandelen en daarop te beslissen. Ook hier geen vrees voor niet-ontvankelijkheid: de niet (verder) mede-procederenden profiteren van wat de niet (verder) procederenden doen en zij kunnen altijd nog door een 'intervention forcée' in het geding worden geroepen.[3]

Wat Engeland betreft beperk ik mij vanwege het gebrek aan verwantschap met ons procesrecht tot een verwijzing naar Order 15 der Rules of the Supreme Court (Revision) 1965, een verwijzing die ik echter van wege mijn bewondering voor de praktische zin en ondogmatische benadering der Engelse juristen niet achterwege wilde laten. In de Bijlage III vindt men de tekst der nos. 4, 5 en 6 van deze Order 15.

III. DE ONSPLITSBAARHEID EN DE BEVOEGDHEIDS- EN BEROEPBAARHEIDSGRENZEN

10. Het Nederlands recht kende tot voor kort een grens van f 500,— voor de bevoegdheid van de kantonrechter o.m. in art. 39 R.O. en grenzen voor de beroepbaarheid bij de kantonrechter van f 200,— en bij de arrondissementsrechtbank van f 1000,— in o.m. artt. 38, 39 en 40 R.O. resp. 54, 2e en 3e R.O.

Bij de op 1 december 1970 in werking getreden Wet van 30 september 1970 Stb. no. 435 is de competentiegrens van f 500,— verhoogd tot

1. Men neme kennis van de casuïstiek vermeld bij Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10e Auflage 1969, par. 50 III, blz. 228-231, en Arwed Blomeijer, Zivilprozessrecht, Erkenntnis verfahren, 1963, par. 109 III, blz. 614-617.
2. Rosenberg-Schwab, par. 100 I, blz. 488 en Blomeijer, par. 42, blz. 213.
3. J. van Vincent, Procédure Civile (Precis Dalloz), 14e druk, nrs. 318, 617 en 753 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

f 1500,—, de appellabiliteitsgrens bij de kantonrechter van f 200,— tot f 500,— en appellabiliteitsgrens bij de arrondissementsrechtbank afgeschaft.

In dit verband dient de vraag besproken te worden of het samenvoegen van meer vorderingen, al of niet samenhangend, in één geding, waardoor genoemde grenzen worden overschreden, de bevoegdheid c.q. de beroepbaarheid beïnvloedt; en tevens de vraag of dat het geval is als al of niet samenhangende vordering slechts een gedeelte wordt geldend gemaakt, eerder genoemde grenzen worden onderschreden.

De rechtspraak is hier tot de volgende resultaten gekomen:

a. Bij samenvoeging van meer vorderingen in één dagvaarding is voor de bevoegdheid en de beroepbaarheid het totaalbedrag beslissend, onverschillig of veroordeling is gevraagd, resp. verkregen tot betaling van één som in totaal dan wel van de afzonderlijke bedragen, en onverschillig uit welken hoofde de onderscheiden bedragen verschuldigd zijn. Het totaalbedrag waarover de rechter uitspraak heeft gedaan is beslissend over de beroepbaarheid, ook als hij een gedeelte dat onder de grens ligt heeft afgewezen en de eiser daarvan in beroep komt.[1]
b. Deze optelregel geldt niet voor de subjectieve cumulatie van vorderingen: blijft de vordering van één der eisers bij één dagvaarding jegens een gedaagde ingesteld of die van de eiser jegens één der gedaagden bij één dagvaarding ingesteld onder de competentiegrens dan is daarvoor de kantonrechter bevoegd[2] en blijft zij onder de appellabiliteitsgrens, dan is in zoverre het beroep niet ontvankelijk.[3]
c. Bij de bepaling van het totaalbedrag spelen nevenvorderingen tot veroordeling tot betaling van een dwangsom[4], tot betaling van proceskosten[5] of moratoire interessen[6] geen rol.
d. De optelregel is in de wet neergelegd voor de appellabiliteitsgrens (niet de competentiegrens) van een vonnis gewezen over een eis in conventie én een eis in reconventie: het totaal van het beloop der beide eisen is beslissend volgens art. 253 lid 1 Rv. Aan deze regel heeft echter de Hoge Raad[7] een bijzondere toepassing gegeven als in reconventie de eis strekt tot ontbinding van de overeenkomst, waarvoor in conventie nakoming wordt verlangd; de waarde van de beide vorderingen wordt dan door hetzelfde bedrag gevormd nl. dat, waarop in conventie een

1. HR 21 december 1933, W 12782, NJ 1934, blz. 1025 (E.M.M.); HR 5 mei 1944, NJ 1944/45 no. 366; zie ook HR 17 mei 1946, NJ 1946 no. 433.
2. HR 10 mei 1929 W 11989, NJ 1929, blz. 1094; HR 5 december 1935, NJ 1936 nr. 375.
3. HR 25 april 1951, NJ 1951 nr. 537.
4. HR 4 oktober 1957, NJ 1957 nr. 626.
5. HR 19 januari 1933 W 12569 (H. de J.) NJ 1933 blz. 1032.
6. HR 7 januari 1926, W 11457 NJ 1926, blz. 297.
7. HR 28 september 1951 en 21 maart 1952, NJ 1952 nrs. 200 en 201 (D.J.V.).

aanspraak wordt gemaakt, die in reconventie wordt betwist; een soort 'onsplitsbaarheid', die het optellen verbiedt.

e. De kantonrechter is voor een vordering beneden de competentiegrens onbevoegd als de rechtstitel wordt betwist (art. 38 sub 2e R.O.), d.w.z. de rechtsgrond van de vordering nog in geschil is. De Hoge Raad ziet daarin echter geen bezwaar als eisers vordering werkelijk beneden die grens is gedaald, hetzij doordat de debiteur een gedeelte betaalde[1] hetzij doordat de crediteur afstand deed[2], of een deel van zijn vordering cedeerde[3], zelfs als dit geschiedde met als enig doel de kantonrechter bevoegd te maken.[4] In een geval waarin de crediteur wel het recht op het gedeelte boven de grens uitdrukkelijk voorbehield, mocht de kantonrechter zich na verstekverlening niet onbevoegd verklaren met verwijzing van de zaak naar de rechtbank; zolang hem niet was gebleken van een uit de betwisting van de rechtstitel voortvloeiende beperking van zijn bevoegdheid, had hij na verstekverlening zelf recht moeten spreken.[5] Wanneer echter een bedrag gevorderd wordt ter gedeeltelijke voldoening van een grotere inschuld, die betwist wordt[6] of van een borg het bedrag van een orderbiljet, dat tegelijk met negen andere van gelijk bedrag was afgegeven en gewaarborgd en het verweer wordt gevoerd dat de borgtocht een ongeoorloofde oorzaak had[7], is de kantonrechter niet bevoegd; zijn beslissing zou ook voor die over het grotere bedrag kracht van gewijsde hebben; een vorm van onsplitsbaarheid.

f. Anders dan door een vermindering van de eis vóór de dagvaarding kan men niet de bevoegdheid beïnvloeden door een vermindering van de eis nadien. Wel kan daardoor de beroepbaarheid worden beïnvloed als de rechter beslist over een bedrag dat beneden de appellabiliteitsgrens is gedaald.[8]

IV. DE ONSPLITSBAARHEID EN DE EIS IN RECONVENTIE, RESP. HET INCIDENTEEL APPEL

11. Boven kwam reeds ter sprake, dat er tussen de eis in conventie en die in reconventie een zo nauwe samenhang kan zijn, dat de optelregel voor de bepaling der appellabiliteit niet mag worden toegepast.

1. HR 23 juni 1950, NJ 1950 nr. 660.
2. HR 2 juni 1950 NJ 1951 nr. 19 (Ph. A.N.H.).
3. HR 19 februari 1960, NJ 1960 nr. 178.
4. HR 19 december 1969, NJ 1970 nr. 200 (G.J.S.).
5. HR 6 november 1970, RvdW nr. 28.
6. HR 1 maart 1954, NJ 1945 nr. 260.
7. HR 27 januari 1927 W 11639 NJ 1927 blz. 1084.
8. HR 18 maart 1937 nr. 988.

Een eventuele samenhang kan nog andere gevolgen hebben: als de beslissing in conventie zowel als die in reconventie er van af hangt of tussen partijen overeengekomen is om de opzegging der dienstbetrekking ongedaan te maken – wat de een beweert doch de ander ontkent –, kan de rechter zonder tussen partijen tegenstrijdige vonnissen te wijzen, dit geschilpunt in conventie niet anders beslissen dan in reconventie; de zaken zijn dan ten aanzien van dat geschilpunt te beschouwen als één geding: een aanvullende eed over dit punt had daarom slechts aan één der partijen en niet aan beide mogen worden opgedragen[1]. In zulk een geval zal ook nooit berusting mogen worden aangenomen in de beslissing in de reconventie gegeven, als van diezelfde beslissing in de conventie gegeven werd geappelleerd.[2] Appelleert men van het vonnis gewezen in conventie én in reconventie, en voert men alleen grieven aan tegen beslissingen gegeven in de reconventie, dan kan het verband tussen de zaken meebrengen, dat ook de zaak in conventie in zoverre mede aan het oordeel van de appelrechter is onderworpen.[3]

12. De samenhang van de zaken wordt echter niet gehonoreerd als een der partijen alleen van het vonnis, voorzover in de conventie gewezen, in beroep komt en de wederpartij dientengevolge van de beslissing in reconventie in beroep wil komen; dat kan dan niet meer, als de termijn verstreken is, bij wijze van incidenteel appel: het vonnis is, voorzover in conventie gewezen, in kracht van gewijsde gegaan.[4] Deze leer van de Hoge Raad, die het vonnis voorzover in conventie gewezen geheel gescheiden ziet van het vonnis voorzover in reconventie gewezen, leidt in gevallen waarin die zaken nauw samenhangen, tot onbevredigende resultaten, en zij is dan ook fel bestreden.[5]

Gelukkig is de Hoge Raad er dan ook onlangs toe gekomen in het volgende geval een uitzondering te erkennen, die volgens de annotator Veegens ook kansen biedt voor andere gevallen[6]: In conventie was ten verzoeke van de vrouw scheiding van tafel en bed uitgesproken met veroordeling van de man tot uitkering van een bedrag voor haar levensonder-

1. HR 17 november 1933 W 12727 (H. de J.) NJ 1933, blz. 593 (P.S.).
2. HR 19 december 1952 NJ 1953 nr. 588 (D.J.V.).
3. HR 13 januari 1937 W 11658, NJ 1927, blz. 279 (E.M.M.).
4. HR 6 maart 1930 W 12149 (H. de J.), NJ 1930 blz. 771 (P.S.); in een geval waarin de eiser veroordeling tot betaling van een bedrag uit hoofde van een overeenkomst had gevorderd en de gedaagde in reconventie ontbinding van die overeenkomst; de rechtbank had in beide gevallen een niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken en het was begrijpelijk, dat de gedaagde niet appelleerde vóór dat de eiser het deed en toen was het te laat!
5. W. Blackstone, Over de mogelijkheid van incidenteel appel, Feestbundel 'Door Tijd en Vlijt', 1952, blz. 51 e.v.
6. HR 3 januari 1969, NJ 1969 nr. 245 (D.J.V.)

houd, en in hetzelfde vonnis in reconventie ten verzoeke van de man scheiding van tafel en bed. De man kwam in beroep uitsluitend van het vonnis in de conventie, en met succes; de vrouw werd in haar incidenteel beroep van het vonnis in de reconventie niet-ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad vernietigde op het cassatieberoep van de vrouw het arrest van het Hof en overwoog daarbij:

'dat te dezen tussen de beslissingen in conventie en in reconventie een zodanig verband bestaat dat, indien de beslissing van de eerste rechter in reconventie in kracht van gewijsde zou gaan vóórdat de appelrechter over de conventie zou hebben beslist, toewijzing in hoger beroep van de vordering in conventie, strekkende tot scheiding van tafel en bed, zou zijn uitgesloten, terwijl alsdan evenmin de in conventie ingestelde nevenvordering zou kunnen slagen;

dat bij het bestaan van een zodanig verband een redelijke toepassing van art. 339, tweede lid, Rv. medebrengt dat de vrouw incidenteel beroep kan instellen van het vonnis in reconventie om aldan te voorkómen dat door het in kracht van gewijsde gaan van dat vonnis over het lot van de hoofd- en nevenvordering in conventie zou worden beslist: . . .'

Aan het echtscheidingsrecht is nog een ander voorbeeld te ontlenen, waarin de Hoge Raad een uitzondering toeliet op een leer die volgens velen onvoldoende recht doet wedervaren aan de samenhang van bepaalde beslissingen. Volgens die leer moeten de vorderingen tot echtscheiding c.q. tot scheiding van tafel en bed en die tot uitkering van levensonderhoud als zelfstandige vorderingen worden beschouwd, zodat bijvoorbeeld, als de eerste vordering aan de vrouw is toegewezen en de tweede niet of tot een te laag bedrag, de man tegenover het principaal appel der vrouw, gericht op het verkrijgen van een (hogere) uitkering, geen incidenteel appel kan stellen om van de uitgesproken scheiding af te komen.[1] In art. 335 lid 1, Rv. vond de Hoge Raad een aanknopingspunt om hem dit incidenteel appel wel toe te staan als hij in eerste aanleg bij verstek was veroordeeld en de niet geheel bevredigde eiseresse in appel was gegaan.[2]

13. De tegenzin van de Hoge Raad om het beroep van een echtscheidingsuitspraak bij wege van incidenteel appel toe te laten is verklaarbaar als men bedenkt dat het dan eerst bij de Memorie van Antwoord duidelijk wordt of en wanneer die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Bij andere samengevoegde vorderingen is zijn rechtspraak liberaler: incidenteel appel van de oorspronkelijke eiser werd toegelaten ook toen het de uitspraak over andere vorderingen betrof dan waartegen de grieven van de oorspronkelijke gedaagde in het principaal appel waren gericht[3];

1. HR 20 januari 1956, NJ 1957 nrs. 434, 435 en 436 (L.E.H.R.)
2. HR 15 december 1967, NJ 1968 nr. 179 (D.J.V.)
3. HR 14 mei 1936, eerst gepubliceerd in NJ 1954 nr. 719.

evenzo een incidenteel appel gericht tegen de afwijzing van de primaire eis, nadat het principaal appel zich had gericht tegen de toewijzing van de subsidiaire eis.[1]

Tot besluit wil ik nog vermelden een beschikking van de Hoge Raad, gegeven na een cassatieberoep in het belang der Wet, waarin ook de onsplitsbaarheid méér accent krijgt dan de materiële zelfstandigheid: toelaatbaar werd geacht het incidenteel appel van de vrouw tegen een beschikking van de rechtbank inzake de wijziging van haar eigen uit-uitkering, nadat de man principaal beroep alleen had ingesteld tegen de wijziging van de door de vrouw voor haar dochter gevraagde uitkering: de Hoge Raad overwoog daarbij dat blijkens art. 470, eerste lid, BW de uit te keren bedragen van elkaar afhankelijk zijn.[2]

V. DE ONSPLITSBAARHEID EN DE ONBEVOEGDHEID VAN GETUIGEN

14. In het Nederlands procesrecht kan een partij niet als getuige worden gehoord. De wet bepaalt dit niet uitdrukkelijk, maar het valt af te leiden onder meer uit de bepalingen over de onbevoegdheid (minder juist spreken de artt. 1946 en 1947 BW van 'onbekwaamheid') om te getuigen, resp. over het verschoningsrecht van meer of minder nauwe verwanten van een der partijen, en uit de bepalingen die het horen van partijen door de rechter op een zeer bijzondere wijze regelen, afwijkend van de wijze waarop getuigen worden gehoord (artt. 19a, 50 en 237 e.v. Rv.) Bestuurders van rechtspersonen en wettelijke vertegenwoordigers van handelingsonbekwamen worden daarbij met de partij vereenzelvigd en ook hun verwanten worden tot getuigen onbevoegd beschouwd.

In dit verband doet zich nu weer de vraag voor, of bij het optreden van meer dan een partij als eiser of als gedaagde de een mag getuigen in de zaak van, resp. tegen de ander. Ook hier weer een vraag van (on)splitsbaarheid. De samenhang tussen wat eiser A en wat eiser B van X te vorderen hebben kan zó groot zijn, dat A noch B mogen getuigen, maar ook zó los, dat A kan getuigen in de zaak van B tegen X of omgekeerd.

Uit een viertal arresten van de Hoge Raad die ik hier zal bespreken, tekent zich een duidelijk antwoord op deze moeilijke vraag mijns inziens nog niet af.

15. In het eerste geval vorderden een moeder en haar natuurlijk, niet-erkend kind, beide vertegenwoordigd door een bijzondere vertegen-

1. HR 4 juni 1965, NJ 1966 nr. 469 (J.H.B.).
2. HR 6 mei 1966, NJ 1966 nr. 335.

woordiger, kraamkosten, resp. onderhoud van de beweerdelijke vader. De vraag was of de moeder als getuige (belanghebbende) mocht worden gewraakt. De HR achtte het juist dat de rechtbank de wraking slechts had toegestaan voor de eigen vordering der moeder, niet voor die van het kind.[1]

In het tweede geval ging het om een verzekeringsmaatschappij (The Ocean) die verhaal zocht voor een schadeuitkering en daartoe aansprak de eigenaresse (Centraal Comité) en de bestuurder (Bessem) van de auto waarmede de schade was veroorzaakt, resp. op grond van het toenmalige art. 25 der Motor- en Rijwielwet en art. 1401 B.W. De rechter-commissaris had het verzoek van de eigenaresse om de bestuurder en diens vrouw als getuigen te horen op verzoek van de verzekeringsmaatschappij geweigerd. De Hoge Raad vernietigde deze beslissing en wees de zaak terug[2], daarbij overwegende:

> dat de aard van hetgeen The Ocean in dit geding vordert, niet medebrengt, dat daaromtrent slechts in één, tegen haar beide wederpartijen gezamenlijk aanhangig gemaakt geding kan worden beslist, zoodat The Ocean haar vordering tegen Centraal Comité ook geldend had kunnen maken zonder tevens Bessem in het geding te betrekken;
> dat onder deze omstandigheden de processueele band, tussen de vordering tegen Centraal Comité en die tegen Bessem gelegd door samenvoeging in één dagvaarding, niet ten gevolge heeft, dat Bessem in dit geding ook ten aanzien van de vordering tegen Centraal Comité in de zin van art. 1947 BW partij is;
> dat mitsdien de grond, waarop de Rechter-Commissaris geweigerd heeft om Bessem en diens echtgenoote als getuigen te hooren, die beslissing niet kan dragen;

In het derde geval, dat aan het slot van nr. 6 reeds ter sprake kwam omdat het mede over de exceptio plurium litisconsortium handelde[3], had A gedagvaard X en Y, zich primair baserende op een met X en Y gesloten overeenkomst, subsidiair een alleen met X gesloten overeenkomst. Op de eerste grondslag werd de vordering afgewezen, op de tweede toegewezen. Alleen X ging in appel en in die instantie zag de Hoge Raad geen bezwaar dat X daarbij de echtgenote van Y als getuige zou doen horen.

In het vierde, zeer recente geval, werd anders dan in de drie voorafgaande, het optreden van een der mede-partijen – of liever: de schoon-

1. HR 12 november 1915, W 9903, NJ 1916, blz. 8, WPNR nr. 2403; een wetswijziging van 1934 maakte het niet alleen mogelijk dat de moeder voortaan het kind vertegenwoordigde, maar liet haar, hoewel formeel partij, ook toe als getuige: art. 344g, later 344 f BW, thans, na invoering van het nieuwe Boek I BW, waarbij overigens de kraamkosten-vordering kwam te vervallen, art. 828 j RV.
2. HR 18 februari 1937, WJ 1937 nr. 622 (P.S.).
3. HR 5 januari 1962, NJ 1962 nr. 141.

vader van een der mede-partijen – niet toelaatbaar geacht.[1] De erven Vosmeijer vorderden van de N.V. Confectiefabriek Excelsior een bedrag van f 25.000,— wegens het niet gestand doen van een verkoopovereenkomst. De rechtbank wees deze vordering toe, zich daarbij mede en in hoofdzaak baserende op de getuigenverklaring van zekere Kuipers, schoonvader van een der erven Vosmeijer, die voor 1/10 medegerechtigd was. In het door Excelsior ingestelde hoger beroep verwierp het Hof de opvatting der erven Vosmeijer dat hun vordering een deelbare was en in werkelijkheid bestond uit een aantal parallellopende vorderingen, in feite afzonderlijk, hoewel bij één dagvaarding ingesteld; dat Kuipers weliswaar onbekwaam was om in de zaak van zijn schoondochter als getuige op te treden, maar bekwaam ten opzichte van de vorderingen der andere erven. Wellicht was het Hof ook geïrriteerd door het feit dat tijdens de appelinstantie de erven onderling een scheiding en deling tot stand hadden gebracht waarbij aan de schoondochter van Kuipers niets werd toebedeeld, zodat zij geen belang meer bij de procedure zou hebben en de erven bij pleidooi zo nodig hadden verzocht Kuipers opnieuw als getuige te mogen horen. In ieder geval werd de uitspraak van de rechtbank vernietigd en aan de erven Vosmeijer nader bewijs opgedragen. De Hoge Raad verwierp hun cassatieberoep o.m. met de volgende overwegingen:

dat blijkens r.o. 4 het Hof de dit geding inleidende dagvaarding aldus heeft uitgelegd, dat de erven Vosmeijer daarbij één vordering instelden ter verkrijging van één aan hen tezamen toekomend bedrag en niet een aantal afzonderlijke vorderingen waarbij elk der erven slechts zijn aandeel in de in de dagvaarding vermelde koopsom opvorderde;

dat, hiervan uitgaande, het Hof terecht heeft beslist dat de getuige Kuipers onbekwaam was om in dit geding getuige te zijn en mitsdien diens als getuige afgelegde verklaring bij de waardering van het bewijs buiten beschouwing moest blijven, aangezien blijkens 's Hofs arrest Kuipers de schoonvader was van een der een partij vormende erven Vosmeijer;

dat mitsdien, wat er ook zij van het bij deze onderdelen van het middel aangevoerde en van de daarbij bestreden overwegingen van het Hof, deze onderdelen niet tot cassatie kunnen leiden;

De Hoge Raad ontweek aldus de vraag of het hier ging om een rechtsverhouding die onsplitsbaar was in de zin van de in de arresten over de exceptio plurium litisconsortium door hem gebezigde formule, een vraag die in het cassatiemiddel in negatieve zin werd beantwoord en door de A.-G. Van Oosten in positieve zin. Het is aan te nemen – en het bleek ook al uit het door de Hoge Raad in het tweede geval gebezigde criterium –,

1. HR 12 juni 1970, NJ 1970 nr. 382; in het nieuwe bewijsrecht heeft de schoonvader van een procespartij nog slechts een verschoningsrecht: Wetsontwerp nr. 10.377, art. 188 Rv.

dat voor het slagen der genoemde exceptie strengere eisen aan de samenhang der vorderingen worden gesteld dan voor het aanvaarden van een bezwaar tegen een getuige. Ook schijnt het dat de Hoge Raad niet graag ziet dat een eiser door de wijze waarop hij meer dan een gedaagde in de strijd betrekt, de ene gedaagde berooft van de getuigenis van de ander, maar minder huiverig is, als meerdere eisers tegenover een gedaagde hun vordering zo hebben opgezet, dat de ene eiser de getuigenis van de andere moet missen. Ik vraag mij af, hoe beslist had moeten worden, als de rechtbank de getuige Kuipers had geweigerd en de vordering had afgewezen, en vervolgens de erven Vosmeijer zonder de schoondochter van Kuipers in beroep waren gegaan, ieder hun aandeel opvorderend en Kuipers wederom als getuige voorbrengend?

VI. SLOTBESCHOUWINGEN

16. Wij hebben gezien dat in tal van gevallen vorderingen worden ingesteld en beslissingen van de rechter worden gevraagd die een min of meer nauwe samenhang vertonen. Die samenhang kan zó nauw zijn, dat bepaalde personen niet in het proces mogen ontbreken, dat de bevoegdheid van de rechter en de beroepbaarheid van zijn beslissing er door beïnvloed wordt, evenals de omvang van de kracht van gewijsde en de bevoegdheid van mede-partijen als getuige op te treden. De rechter heeft hier zo goed als geen houvast in wettelijke bepalingen en hij wordt gehinderd door het ontbreken van de mogelijkheid van gedwongen deelneming. De Hoge Raad zoekt tastend zijn weg en de samenhang der verschillende gevallen is weer niet zo nauw dat eenvormige criteria worden uitgewerkt. Misschien is dat maar goed ook.

De onsplitsbaarheid is gebleken splitsbaar te zijn!

BIJLAGE I

Artikelen uit het Belgisch Gerechtelijk Wetboek

art. 31 – Het geschil is enkel onsplitsbaar, in de zin van de artikelen 753, 1053, 1084 en 1135, wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn.

art. 753 – Wanneer een of meer partijen in een onsplitsbaar geschil verstek laten gaan, maar er ten minste één verschijnt, moeten de niet verschenen partijen op verzoek van de meest gerede partij opnieuw worden gedagvaard ter zitting waartoe de zaak is verdaagd of waarop zij achteraf is bepaald.

De verschenen partijen worden, op verzoek van een onder hen, door de griffier opgeroepen bij gerechtsbrief.

De dagvaarding en de oproeping bevatten de tekst van dit artikel. Zij mogen eerst gedaan worden ten minste één maand na de inleiding en met inachtneming van de bepalingen tot regeling van de dagvaardingstermijnen.

Zijn deze formaliteiten niet vervuld, dan mag de vordering in deze stand van de zaak niet toegelaten worden.

Het vonnis wordt ten aanzien van alle partijen geacht op tegenspraak te zijn gewezen.

art. 1053 – Wanneer het geschil onsplitsbaar is, moet hoger beroep gericht worden tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van de eiser in hoger beroep.

Deze moet bovendien de andere niet in beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen binnen de gewone termijnen van hoger beroep en ten laatste voor de sluiting van de debatten in de zaak betrokken.

Bij niet-inachtneming van de in dit artikel gestelde regels wordt het hoger beroep niet toegelaten.

De beslissing kan worden tegengeworpen aan alle in de zaak betrokken partijen.

art. 1084 – Wanneer het geschil onsplitsbaar is, moet de voorziening gericht worden tegen alle bij de bestreden beslissing betrokken partijen wier belang strijdig is met dat van de eiser.

Deze moet bovendien de andere partijen die nog geen verweerder zijn of nog niet opgeroepen zijn, binnen de gewone termijnen in de zaak betrekken.

Bij niet-inachtneming van de in dit artikel gestelde regels wordt de voorziening niet toegelaten.

Het arrest kan worden tegengeworpen aan alle in de zaak betrokken partijen.

art. 1135 – Wanneer het geschil onsplitsbaar is, moet het verzoek tot herroeping van het gewijsde gericht worden tegen alle partijen wier belang strijdig is met dat van de verzoeker.

Deze moet bovendien de andere partijen, die geen verzoek hebben ingediend, in het geding betrekken uiterlijk vóór de sluiting van de debatten die voorafgaan aan de beslissing over de toelaatbaarheid van het verzoek.

Bij niet-nakoming van de in dit artikel gestelde regels wordt het verzoek niet toegelaten.

De beslissingen kunnen worden tegengeworpen aan alle in de zaak betrokken partijen.

BIJLAGE II

Artikelen uit de Duitse Zivilprozessordnung
Zweiter Titel. Streitgenossenschaft, Vorbemerkungen

par. 59 (Zulässigkeit der Streitgenossenschaft).
Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind.

par. 60
Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

par. 61 Wirkung der Streitgenossenschaft.
Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als einzelne gegenüber, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen.

par. 62 (Notwendige Streitgenossenschaft).
1. Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.
2. Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

par. 63 (Prozessbetrieb, Ladungen).
Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; zu allen Terminen sind sämtliche Streitgenossen zu laden.

Order 15, nrs. 4, 5 en 6 van de 'Rules of The Supreme Court (Revision) 1965'.

Joinder of parties

4. – 1. Subject to rule 5 (1), two or more persons may be joined together in one action as plaintiffs or as defendants with the leave of the Court or where –

a. if separate actions were brought by or against each of them, as the case may be, some common question of law or fact would arise in all the actions, and

b. all rights to relief claimed in the action (whether they are joint, several or alternative) are in respect of or arise out of the same transaction or series of transactions.

2. Where the plaintiff in any action claims any relief to which any other person is entitled jointly with him, all persons to entitled must, subject to the provisions of any Act and unless the Court gives leave to the contrary, be parties to the action and any of them who does not consent to being joined as a plaintiff must, subject to any order made by the Court on an application for leave under this paragraph, be made a defendant.

This paragraph shall not apply to a probate action.

3. Where relief is claimed in an action against a defendant who is jointly liable with some other person and also severally liable, that other person need not be made a defendant to the action; but where persons are jointly, but not severally, liable under a contract and relief is claimed against some but not all of those persons in an action in respect of that contract, the Court may, on the application of any defendant to the action, by order stay proceedings in the action until the other persons so liable are added as defendants.

Court may order separate trials, etc.

5. – 1. If claims in respect of two or more causes of action are included by a plaintiff in the same action or by a defendant in a counterclaim, or if two or more plaintiffs or defendants are parties to the same action, and it appears to the Court that the joinder of causes of action or of parties, as the case may be, may embarrass or delay the trial or is otherwise inconvenient, the Court may order separate trials or make such other order as may be expedient.

2. If it appears on the application of any party against whom a counterclaim is made that the subject-matter of the counterclaim ought for any

reason to be disposed of by a separate action, the Court may order the counterclaim to be struck out or may order it to be tried separately or make such other order as may be expedient.

Misjoinder and nonjoinder of parties

6. – 1. No cause or matter shall be defeated by reason of the misjoinder or nonjoinder of any party; and the Court may in any cause or matter determine the issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the cause or matter.

2. At any stage of the proceedings in any cause or matter the Court may on such terms as it thinks just and either of its own motion or on application –

a. order any person who has been improperly or unnecessarily made a party or who has for any reason ceased to be a proper or necessary party, to cease to be a party;
b. order any person who oughts to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the cause or matter may be effectually and completely determined and adjudicated upon be added as a party;

but no person shall be added as a plaintiff without his consent signified in writing or in such other manner as may be authorised.

3. An application by any person for an order under paragraph 2. adding him as a defendant must, except with the leave of the Court, be supported by an affidavit showing his interest in the matters in dispute in the cause or matter.